

"Legal certainty" i konsesjonssaker

EØS-rettslige skranker for nasjonale konsesjonsordninger

Kandidatnummer: 110

Veiledere: Finn Arnesen, Henrik Bull

Semester: Høst 2005

Antall ord: 39 153

Dato: 12. januar 2006

Innholdsfortegnelse

INNHALDSFORTEGNELSE	II
1 INNLEDNING	I
1.1 Emnet	I
1.2 Plan for fremstillingen	II
1.3 Materialet	1
1.3.1 Generaladvokatens forslag til avgjørelse	1
1.3.2 Rettshomogenitet	2
2 KONSESJONSORDNINGER OG RESTRIKSJONSFORBUDET	7
2.1 Innledning	7
2.2 Diskresjonær kompetanse	7
2.3 Konesjonsbegrepet	10
2.4 Rettstilstanden på vareområdet	13
2.5 Rettstilstanden utenfor vareområdet	15
2.5.1 Problemstillingen	15
2.5.2 EF-domstolens syn	17
2.6 Konklusjon	25
3 KONSESJONSORDNINGER OG RETTSVISSHETSPRINSIPPET	27
3.1 Innledning	27
3.2 Presisjonskravet	30
3.3 Forutberegnelighet	37
3.4 Berettiget forventning og legal certainty	46
3.5 Rettslig prøvingsadgang	50
3.6 Forbud mot tilbakevirkning	55
3.7 Vektnormer	57
3.7.1 Generelle vektnormer	57
3.7.2 Spesielle vektnormer	59
3.8 Oppsummering	68
4 ALTERNATIVE REGULERINGSMÅTER	72
4.1 Innledning	72
4.2 Meldeplikt og etterfølgende inngrepsadgang	73

4.3	Avtaler.....	80
4.4	Generell næringsregulering.....	83
4.5	Andre kilder til presisering enn lovtekst.....	85
5	AVSLUTNING	92
	KILDELISTE	97

1 Innledning

1.1 Emnet

Denne avhandlingen gjelder forholdet mellom nasjonale konsesjonsordninger og EØS-retten. Problemstillingen er nærmere bestemt om konsesjonsordninger, som gir forvaltningen diskresjonær kompetanse, er forenlige med gjeldende EØS-rett. Jeg vil kun drøfte de EØS-rettslige sidene ved dette spørsmålet.

Det er flere grunner til å se nærmere på nettopp forholdet mellom diskresjonær kompetanse i nasjonale konsesjonsordninger og EØS-avtalens materielle regler om fri bevegelighet.

For det første har denne problemstillingen kommet på spissen i flere relativt ferske saker for EF-domstolen. I disse avgjørelsene har domstolen understreket at det fellesskapsrettslige prinsippet om "*legal certainty*" innebærer skranker for diskresjonær kompetanse i nasjonale konsesjonsordninger.

For det andre er konsesjonsordninger med innslag av diskresjonær kompetanse svært vanlige i Norge, også på områder som er omfattet av EØS-avtalens regler om fri bevegelighet.

Endelig er den rettslige litteraturen på området relativt kortfattet. I denne litteraturen er også *legal certainty* i størst grad blitt drøftet når det gjelder medlemsstatenes håndheving av fellesskapsretten og presisjonskravet til nasjonal gjennomføring av sekundærrett.

Problemstillingen for denne avhandlingen gjelder et annet anvendelsesområde for *legal certainty*. Jeg stiller spørsmålet om det følger særlige krav av EØS-avtalen til utformingen av nasjonale konsesjonsordninger, når de er omfattet av avtalens regler om fri bevegelighet. Spørsmålet er med andre ord på hvilke vilkår diskresjonær kompetanse i nasjonale konsesjonsordninger er forenlig med EØS-retten.

1.2 Plan for fremstillingen

Den overordnede problemstillingen i denne fremstillingen er hvilke grenser det fellesskapsrettslige prinsippet om *legal certainty* innebærer diskresjonær kompetanse i nasjonale konsesjonsordninger. EF-domstolen har slått fast at nasjonale konsesjonsordninger må være forenlige med dette prinsippet, for såvidt ordningene utgjør en restriksjon på fri bevegelse og dermed faller under fellesskapets jurisdiksjon.

Derfor vil jeg først, i kapittel 2, drøfte nasjonale konsesjonsordninger i et EØS-rettslig restriksjonsperspektiv. Om slike ordninger anses som en restriksjon på fri bevegelse eller ei er avgjørende for om prinsippet om *legal certainty* får anvendelse. Problemstillingen jeg vil drøfte er derfor grensene for restriksjonsbegrepet innenfor forskjellige regelsett om fri bevegelse. Særlig interessant er spørsmålet om den såkalte *Keck*-doktrinen kan få anvendelse utenfor vareområdet, og eventuelt på hvilken måte.

Jeg vil hovedsakelig ta for meg fri bevegelse for kapital, men også kort drøfte restriksjonsforbudet etter etableringsretten. Årsaken til det er at de fleste relevante avgjørelser fra EF-domstolen om nasjonale konsesjonsordninger er løst etter kapitalreglene. I tillegg er skillet mellom anvendelsesområdet for henholdsvis etableringsretten og kapitalreglene i visse tilfeller uklart. Dette er også blitt kritisert i rettslig litteratur.¹ Det er heller ikke uvanlig at generaladvokaten har innstilt på å anvende et annet regelsett enn det domstolen anser for relevant i saken. Dette kan tale for at det faktisk er materielle forskjeller mellom regelsettene. Spørsmålet om analogisk anvendelse av *Keck* på området for fri bevegelse av tjenester behandles ikke.

Deretter vil jeg i kapittel 3 drøfte hovedproblemstillingen, nemlig hvilke rammer prinsippet om *legal certainty* trekker opp for diskresjonær kompetanse innenfor nasjonale konsesjonsordninger.

For kapittel 4 har jeg valgt en positiv tilnærmingstype til den samme problemstillingen. Her vil jeg drøfte ulike alternative reguleringsmåter til konsesjonsordninger. Spørsmålet er hvorvidt de i større grad vil kunne være forenlige med EØS-rettens krav.

Endelig vil jeg i kapittel 5 trekke noen slutninger om virkningene av de rammene EØS-retten stiller gjennom kombinasjonen av forbud mot restriksjoner på den frie bevegelse og påbud om at slike restriksjoner skal være utformet på en måte som er forenlig med prinsippet om *legal certainty*.

Innledningsvis vil jeg i avsnitt 1.3 redegjøre for visse rettskildemessige spørsmål som reiser seg innenfor rammen av fremstillingen.

¹ Se for eksempel Toth, side 379

1.3 Materialet

1.3.1 Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Ved siden av domstolens avgjørelser, vil jeg i utstrakt grad benytte meg av argumenter hentet fra generaladvokatens forslag til avgjørelse i forskjellige saker. Disse dokumentene reiser særlige rettskildemessige spørsmål.² Forslagene inngår alltid i et forhold til domstolens endelige avgjørelse. Skjematisk kan dette forholdet arte seg på tre måter:

For det første kan domstolen både komme til samme resultat som generaladvokaten, og legge samme argumentasjon til grunn. I enkelte tilfeller henviser også domstolen eksplisitt til forslaget. I slike tilfeller vil generaladvokatens forslag kunne være en viktig kilde for å finne mer utførlige resonnementer, ettersom dommene kan være kortfattede.

For det andre kan domstolen komme til samme resultat som generaladvokaten, men på et annet grunnlag enn det generaladvokaten har lagt vekt på. I slike tilfeller må det skilles mellom tilfeller der domstolen velger en alternativ argumentasjon og der den legger vekt på argumenter som er uforenlige med forslaget til avgjørelse. Det kan være seg at domstolen har benyttet et annet regelsett³, eller at domstolen har lagt vekt på andre argumenter. Generaladvokatens forslag er da naturlig nok en rettskilde av mindre vekt. I slike tilfeller kan den ikke anses for mer tungtveiende enn rettslig litteratur. Med andre ord vil argumentasjonens kvalitet være avgjørende for både relevans og vekt.

For det tredje kan domstolen komme til et annet resultat enn generaladvokaten. I slike tilfeller er en komparativ analyse nødvendig for å vurdere den rettskildemessige vekten av generaladvokatens argumenter. Dersom domstolen for eksempel gjentar argumenter fra forslaget, men trekker andre slutninger, kan det bidra til å forstå bakgrunnen for domstolens resonnement, i tillegg til å angi hvilken vekt som kan legges på generaladvokatens argumenter.

Rosa Greaves har i sitt siste forskningsprosjekt også pekt på at forslagene fra generaladvokaten kan ha en viss "spill over-effect" på andre saker under behandling for domstolen.⁴ Dette innebærer at forslagene kan få en større effekt enn kun som et utgangspunkt for domstolen i en konkret sak.

Forslaget til avgjørelse fra generaladvokaten er derfor alltid en viktig kilde for å forstå sakens faktiske bakgrunn og domstolens argumentasjon. Man må likevel utvise

² For en generell redegjørelse, se *The Court of Justice of the European Communities*, Brown & Jacobs, 1983

³ Se for eksempel i C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, ECR 2002 p. I-4731, se nedenfor avsnitt 2.5

⁴ Rosa Greaves, foredrag holdt ved Senter for europarett i desember 2005; preliminary findings to be published in a forthcoming book on the work of the Advocates General to be published in 2007 by OUP

forsiktighet der domstolen er taus i forhold til argumenter generaladvokaten har lagt vekt på.

1.3.2 Rettshomogenitet

Problemstillingen for oppgaven befinner seg på EØS-rettens område men er ikke blitt behandlet av EFTA-domstolen. Ettersom rettskildene i det alt overveiende er EF-rettslige, er spørsmålet om rettshomogenitet mellom EF-retten og EØS-retten avgjørende. Dette er et spørsmål om både relevans og vekt for rettskilder fra EF-retten innenfor EØS-avtalen. Spørsmålet er hvor langt den såkalte rettshomogeniteten strekker seg. Og motsatt, når særtrekk ved EØS-samarbeidet i forhold til EF-retten fører til rettslige forskjeller.

Det er særlig to sider av spørsmålet om rettshomogenitet som har betydning innenfor rammen av denne fremstillingen. For det første er spørsmålet om EFTA-domstolen vil komme til samme resultat som EF-domstolen i lignende saker. For det andre er spørsmålet om EFTA-domstolen vil komme til samme resultat på samme måte. Dette er et spørsmål om EFTA-domstolens rettskildebruk, og i hvilken grad den er lik EF-domstolens egen.

Utgangspunktet for rettstilstanden i EØS-samarbeidet er den såkalte homogenitetsmålsetningen nedfelt i EØS-avtalen.⁵ Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. EF er av en mer dynamisk karakter enn EØS-samarbeidet, og det sentrale spørsmålet er hvor grensene for likhet mellom rettstilstanden i EF og i EØS går.

Spørsmålet om grensene for rettshomogeniteten har allerede vært gjenstand for omfattende behandling i juridisk litteratur.

Rognstad⁶ beskriver EØS-samarbeidet som et "polysentrisk" rettssystem. Et begrep som er hentet fra den rettssosiologiske polysentridebatten.

Det er forøvrigt et logisk paradoks at Rognstad legger dette postulatet til grunn etter selv å ha foretatt en tekstuell tolkning av EØS-avtalens bestemmelser om løsning av rettsspørsmål. Allerede på dette stadiet må han ha lagt ett rettskildesyn til grunn og tatt standpunkt til rettskildene på dette grunnlaget.

Uansett illustrerer polysentribildet at EØS-avtalen faktisk ikke etablerer noe felles domstolsorgan for alle avtalepartene. Et viktig spørsmål er om en slik polysentri bare er en aktuell problemstilling der den medfører forskjellige materielle resultater - altså forskjellige svar på ett og samme rettslige spørsmål. Den må være av interesse også der svaret på det rettslige spørsmålet er det samme, men begrunnelsen forskjellig. I slike tilfeller er et forskjellig rettskildesyn desto mer iøynefallende.

⁵ For en grunnleggende redegjørelse, se *EØS-rett*, kapittel 4.1 og 9 til 13

⁶ *EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkingen av EØS-avtalen*, Ole-Andreas Rognstad, TtR, 2001

Arnesen konkluderer med at

den sentrale rettskildefaktoren [for EFTA-domstolen] er EF-domstolens praksis. EF-domstolens praksis gir også det metodiske forbildet for EFTA-domstolen.

I oppsummeringen gis det imidlertid få klare svar på hvilke konkrete grenser for rettshomogenitet som gjelder utover at

[...] EFTA-domstolen har vist vilje og evne til å fremheve konsekvenser av EØS-samarbeidets særtrekk, noe særlig *Maglite*, *Sveinbjörnsdottir* og *Karlsson* viser.⁷

EØS-rett er skrevet før EFTA-domstolen avsa dom i den såkalte *Pedicel*-saken.⁸ Dommen i denne saken kan illustrere hvilken hvord EFTA-domstolen plasserer grensene for homogenitetsmålsetningen.

Hovedsaken gjaldt nasjonalt forbud mot alkoholreklame og var nær sagt identisk med saksforholdet i *Gourmet International* for EF-domstolen.⁹ Spørsmålet var om det norske forbudet mot alkoholreklame var i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet av henholdsvis varer og tjenester.

Markedsrådets første spørsmål gjaldt forholdet mellom reklameforbudet og retten til fri bevegelighet for varer. EFTA-domstolen la til grunn at

[...] the scope of the EEA Agreement differs from the EC Treaty with regard to its coverage of agricultural and fishery products. The EEA Agreement takes the approach of excluding the bulk of agricultural products from its product coverage. With respect to *differences in scope between the EEA Agreement and the EC Treaty*, reference is made to the Court's earlier findings in Case E-2/97, *Mag Instrument Inc. v California Trading Company Norway*, Ulsteen, [1997] EFTA Ct. Rep. 127, at paragraph 25.¹⁰

EFTA-domstolen tar altså utgangspunkt i anvendelsesområdet for EØS-avtalen når det gjelder varer. Med avgjørende vekt på ordlyden i EØS-avtalens art. 18 og 23b slår domstolen fast at vin som handelsvare ikke er omfattet av avtalen. Dermed faller forbudet mot reklame for vin utenfor avtalens virkeområde og reglene om fri bevegelighet for varer i EØS artikkel 11. Domstolen konkluderer tilsvarende når det gjelder EØS-avtalens artikkel 36 om fri bevegelighet for tjenester: Domstolen anser at reklame for vin som tjeneste ikke kan skilles fra salg av varen, og at restriksjonsforbudet dermed ikke får anvendelse.¹¹ Domstolen konkluderer dermed med at

⁷ *EØS-rett*, side 239

⁸ E-4/04, 25. februar 2005, *Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet*

⁹ C-405/98, *Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products AB*, ECR 2001p. I-1795

¹⁰ E-4/04, avsnitt 24, min kursiv

¹¹ E-4/04, avsnitt 38

[...] In light of this difference in scope, the case law of the Court of Justice of the European Communities referred to by the Commission is *not relevant* as regards the question of interpretation of Articles 8(3) and 36 EEA in the case at issue.¹²

Dette er et godt eksempel på det som ble sagt i *EØS-rett*, om at EFTA-domstolen fremhever konsekvenser av EØS-samarbeidets særtrekk. EFTA-domstolen understreker hvilke konsekvenser EØS-avtalens begrensede virkeområde har for relevansen EF-domstolens praksis som rettskildefaktor.

Domstolen hadde dermed i nokså klare vendinger slått fast at hverken reglene om fri bevegelse for varer eller for tjenester fikk anvendelse når det gjaldt forbudet mot vinreklame. Norske myndigheter hevdet også at et slikt negativt svar på spørsmål 1 gjorde de to siste spørsmålene hypotetiske, og at noe svar på disse ikke var påkrevd. Tolkningsspørsmålet Markedsrådet stilte var også fullgodt besvart for en løsning av tvisten i hovedsaken, når EFTA-domstolen svarte at vin falt utenfor avtalens anvendelsesområde og at vinreklame dermed også gjorde det.

Likevel fant domstolen grunn til å besvare Markedsrådets tredje spørsmål. Den tok ikke hensyn til anførselen om at et svar på dette ikke var relevant for tvisten slik den da stod. EFTA-domstolen begrunner sin fremgangsmåte med at Markedsrådets forespørsel "eksplisitt" krever at også spørsmålet om forholdet til tjenestereglene må besvares.¹³

Når det gjelder forholdet til tjenestereglene, tok EFTA-domstolen utgangspunkt i EF-domstolens praksis på området:¹⁴

[...], the Court notes that in the *Gourmet* case, which to a certain extent resembles the case at hand, [...], that in the case of products like alcoholic beverages, the consumption of which is linked to traditional social practices and to local habits and customs, a prohibition of all advertising directed at consumers is liable to impede market access for products from other Member States more than for products from domestic producers [...] The information presented to the Court does not indicate that this presumption does not apply in relation to the circumstances in Norway.

I sitt svar på disse spørsmålene legger domstolen seg altså tett opp til EF-domstolens resonnering i *Gourmet International*. EFTA-domstolen falt også ned på nøyaktig samme resultat som EFD i denne saken. Det vil si at reklameforbudet var å anse som en restriksjon, men som ut fra helsepolitiske formål kunne være tillatt. Proporsjonalitetsvurderingen overlot EFTA-domstolen den til den nasjonale domstolen.

Svaret i *Pedicel* er helt i tråd med rettspraksis fra EFD både når det gjelder resultat og argumentasjon. Og denne rettspraksisen skriver seg fra tiden etter EØS-avtalens ikrafttredelse.

¹² Samme, avsnitt 39, min kursiv

¹³ Samme, avsnitt 42

¹⁴ Samme, avsnitt 46

Markedsrådets andre spørsmål har riktignok en mer generell formulering enn det første. Spørsmål 2 begrenser seg nemlig ikke til vin – hverken i forhold til artikkel 11 eller 36. EFTA-domstolen kan sies å spille en tilsvarende rolle som EF-domstolen ved prejudisielle foreleggelse. Det er sikker praksis at EF-domstolen i prejudisielle saker avgrenser sin kompetanse i forhold til en generell responderende virksomhet. At det ikke gjelder noen plikt til gi svar på hypotetiske spørsmål følger blant annet av saken *Foglia II*.¹⁵ Selv om spørsmål 2 og 3 klart har forbindelse til tvisten i hovedsaken, har svarene på dem ikke noen konkret betydning for den nasjonale domstolen når EFTA-domstolen tar et så klart standpunkt i sitt svar på spørsmål 1.

Det er flere mulige forklaringer på dette. En mulig forklaring er at EFTA-domstolen ikke ønsker å overprøve den foreleggende nasjonale domstolens vurdering av spørsmålsstillingen. Dette som et uttrykk for at det gjelder et samarbeidsforhold mellom EFTA-domstolen og nasjonale domstoler, tilsvarende det EF-domstolen har lagt til grunn gjelder etter EF-traktaten.

For det andre kan EFTA-domstolens fremgangsmåte ses på bakgrunn av praksisen eller læren om såkalt "réponse utile" fra EF-domstolen i prejudisielle saker. "Læren", om man kan kalle det en lære, om *réponse utile*, følger av EF-domstolens praksis.¹⁶ En ordrett oversettelse av uttrykket er "nyttig svar", det vil si nyttig for den nasjonale rettsinstansen som forelegger et prejudisielt spørsmål. Til engelsk er uttrykket oversatt med "reply which will be of assistance".¹⁷ Generaladvokaten og domstolen selv har i en rekke saker henvist til uttrykket som grunnlag for å gi et fyldig svar på en prejudisiell foreleggelse. Praksisen må ses i sammenheng med domstolens materielle kompetanse i prejudisielle forespørsler etter EF-traktatens artikkel 234. Domstolens kompetanse er uttømmende angitt, og er i utgangspunktet begrenset av spørsmålet fra den nasjonale domstolen. Hensynet til et nyttig svar er ofte blitt lagt til grunn for å tolke spørsmålet vidt. Et av hensynene har vært at EF-domstolen bør gi et så utførlig svar som mulig, når en sak først er kommet så langt. Det er altså et argument grunnet på fremtidig prosessøkonomi.

Alternativt kan det hevdes at dommen et uttrykk for EFTA-domstolens vilje til å bidra til rettshomogenitet. Domstolen har som nevnt allerede i tidligere praksis lagt stor vekt på homogenitet. Ettersom det er unntaket, snarere enn hovedregelen som må begrunnes, skulle logikk tale for at domstolen snarere ville hatt oppfordring til å svare mer utførlig enn strengt nødvendig i tilfeller der den ønsket å understreke unntak fra rettshomogenitet.

¹⁵ 244/80 *Foglia mot Novello*, ECR 1981 p. 3045, avsnitt 18

¹⁶ Se blant annet C-153/03, *Caisse nationale des prestations familiales mot Ursula Schwarz (Weide)*, 7. juli 2005, ennå ikke trykt i samlingen, avsnitt 25

¹⁷ Se Official Journal 2005/C143/01, *Informational note on references from national courts for a preliminary ruling*, avsnitt 6 og 20

Her legger EFTA-domstolen seg helt på linje med EFD både når det gjelder tolkning av restriksjonsbegrepet på tjenesteområdet, og proporsjonalitetsvurderingen. Det gjelder både i et rent metodeperspektiv, men også konkret i form av hvilke momenter domstolen anser for relevante og vektingen av dem. Forklaringsalternativene er ikke gjensidig utelukkende, og alle kan for såvidt ha bidratt til svarviljen.

EFTA-domstolen har lagt for dagen en konsekvent praksis hvor det klare utgangspunkt har vært at det gjelder homogenitet mellom EF-retten og EØS-retten. Traktattekstene gir bare begrenset veiledning, og det er klare grenser for hvor langt man kommer med en språklig tolkning av plikten til å vise "tilbørlig hensyn" til nyere rettspraksis fra EF-domstolen.¹⁸

Spørsmålet må derfor besvares ut fra et praktisk perspektiv. EFTA-domstolen har konsekvent avvist visse anførsler om grenser for rettshomogenitet. Det gjelder særlig de som har vært begrunnet med medlemsstatenes intensjon ved inngåelse av EØS-avtalen – at den kun skulle være en folkerettslig traktat. EFTA-domstolens argumentasjon på dette punktet har likhetstrekk med EF-domstolens *resonnement* om at samarbeidet er et rettssystem *sui generis*.

EFTA-domstolen har selv pekt på at det på visse områder ikke er full rettshomogenitet. Spørsmålet er da om denne unntaksadgangen, som er begrunnet i avtalens virkeområde er relevant innenfor rammen av denne fremstillingen. EFTA-domstolen har ikke berørt akkurat de problemstillingene jeg vil reise i denne fremstillingen. Likevel er det svært få holdepunkter for at rettsstanden akkurat på dette området vil være en annen innenfor EØS-samarbeidet enn etter EF-retten.

¹⁸ Jf. ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2

2 Konesesjonsordninger og restriksjonsforbudet

2.1 Innledning

Den første hovedproblemstillingen jeg vil drøfte gjelder som sagt forholdet mellom nasjonale konsesjonsordninger og forbudet mot restriksjoner på den frie bevegelse. Det foreligger naturlig nok en langt mer rikholdig og langvarig praksis fra EF-domstolen enn fra EFTA-domstolen. Sistnevnte har heller ikke tatt stilling til spørsmålet om diskresjonær kompetanse i nasjonale konsesjonsordninger. Jeg vil derfor ta utgangspunkt i hvordan disse spørsmålene er besvart av EF-domstolen.

EF-domstolen tolker restriksjonsbegrepet vidt. Dette gjelder samtlige regelsett om fri bevegelse. Domstolens tolkning av selve restriksjonsbegrepet på er også slående lik når det gjelder fri bevegelse for kapital, tjenester og etableringsretten.¹⁹ Av flere årsaker vil likevel ikke behandle alle de fire frihetene i like stor dybde:

For det første er de aller fleste sakene om nasjonale konsesjonsordninger løst etter reglene om fri bevegelse for kapital. For det andre er de fleste sakene hvor spørsmålet om forholdet mellom nasjonal rett og *legal certainty* har kommet på spissen også løst etter kapitalreglene.

I det følgende vil jeg drøfte spørsmålet om grenser for restriksjonsbegrepet etter kapitalreglene når det gjelder nasjonale konsesjonsordninger. Deretter vil jeg kort drøfte den samme problemstillingen i forhold til reglene om fri etableringsrett.

Innledningsvis vil jeg redegjøre for hvordan EF-domstolen har forstått begrepene diskresjonær kompetanse i nasjonal rett på den ene siden, og nasjonale konsesjonsordninger på den andre.

2.2 Diskresjonær kompetanse

Begrepene "skjønn" og "fritt skjønn" er velkjente i norsk rettsanvendelse og rettsvitenskap; særlig fra statsforfatnings- og forvaltningsretten. Innenfor rammen av denne fremstillingen vil jeg benytte begrepet "diskresjonær kompetanse" for å beskrive nasjonal rett som er skjønnsmessig utformet. Begrepet er kanskje ikke like kjent og enkelt som ordet "skjønn", men det er flere grunner som taler for å unngå skjønnsbegrepet:

¹⁹ Se f.eks. C-55/94, *Gebhard*, ECR 1995 p. I-4165, avsnitt 37, C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, ECR 2002 p. I-4731, avsnitt 45, C-76/90, *Säger*, ECR 1991 s. I-4221, avsnitt 12 på områdene for henholdsvis etableringsretten og fri bevegelse for tjenester

Først og fremst er årsaken at problemstillingen for avhandlingen gjelder EØS-rettslige skranker for diskresjonær kompetanse i nasjonale konsesjonsordninger. I norsk forvaltningsrett, prosess og rettslig litteratur brukes begrepet skjønn gjennomgående i drøfting av spørsmålet om grensene for nasjonale domstolars materielle kompetanse ved prøving av forvaltningsvedtak. Dette har ført til nokså finmaskede skjønnsbegreper.²⁰ Ved å bruke et mer nøytralt begrep håper jeg å unngå assosiasjoner til dette og uklarheter som kunne følge.

I tillegg er diskresjonær kompetanse språklig sett mer dekkende i forhold til EF-domstolens materielle skjønnsbegrep. Dette skjønnsbegrepet favner vidt. I sin artikkel "Hva er vakkert" beskrev Frode Innjord ulike typer diskresjonære lovhjemler etter en systematikk som jeg mener kommer til sin rett her.²¹

Hovedproblemstillingen for Innjords artikkel var riktignok også grensene for domstolenes materielle prøvingskompetanse ved skjønsmessige ord og uttrykk i lovhjemler som gav forvaltningen kompetanse. Etter min mening gjør ikke den omstendighet hans fremstilling av diskresjonære lovhjemler mindre egnet for problemstillingen som skal drøftes her.

Innjord deler diskresjonære hjemler i to hovedkategorier. Den første omfatter bestemmelser som eksplisitt gir offentlige myndigheter diskresjonær kompetanse. Det vil si at ordlyden ikke gir anvisning på noen objektive kriterier, men overlater dette til den som er gitt kompetanse.

Den andre kategorien omfatter bestemmelser som er så uklart utformet, at de som følge gir offentlige myndigheter diskresjonær kompetanse. Uklarheten kan være semantisk, syntaktisk eller kontekstuell. I slike tilfeller stiller lovbestemmelsen opp vilkår for myndighetsutøvelsen. Disse vilkårene er imidlertid ord med så uklart innhold, eller de er så uklart formulert, at det i praksis er vide rammer for hvilke hensyn kompetent myndighet kan legge vekt på i sin avgjørelse. Det kan ikke skilles klart mellom disse to kategoriene. Og prinsipielle kriterier for å kunne skille mellom en "klar" diskresjonær hjemmel på den ene siden, og en uklar hjemmel med samme virkning på den andre siden vil være vanskelig å stille opp.

Resultatet for private rettssubjekter er uansett det samme, nemlig uvisshet om egen rettsstilling. Niels Fenger har lagt vekt på dette aspektet og kaller dette "tomme" hjemmelsbestemmelser.²² Det er også dette EF-domstolen har ansett som avgjørende i sin definisjon av diskresjonær kompetanse. Et betegnende eksempel i så måte finnes i to av sakene om konsesjonsplikt for overdragelse av fast eiendom i Østerrike, sakene *Konle* og

²⁰ Se Frode Innjord, *Hva er "vakkert"?*, ss. 163 – 164

²¹ *Hva er "vakkert"? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk*

²² Se Fenger, side 452

Reisch.²³ I begge disse sakene var konsesjonsvilkåret klart nok: Konsesjon ble nektet dersom eiendommen skulle brukes til bygging av en fritidsbolig. I *Reisch* henviste domstolen til *Konle* og uttalte at

in so far as it requires the acquirer to produce proof of the future use of the land he is acquiring, [this] allows the competent administrative authority considerable latitude *which may be akin to a discretionary power* [...].²⁴

Domstolen strekker sin tolkning av diskresjonær kompetanse i nasjonal rett til også å omfatte en bevisregel. Konsesjonsvilkåret var som sagt klart nok, men ordningen ble likevel underkjent fordi den gjennom en slik bevisregel førte til at kompetent myndighet ble gitt for stor grad av diskresjonær kompetanse. Generaladvokat Léger utdypet dette resonnementet i sitt forslag til avgjørelse i *Salzmann*.²⁵ Saken var den tredje i en rekke saker som gjaldt østerriksk krav om konsesjon ved kjøp av fast eiendom. Loven stilte blant annet som vilkår at ikke eiendommen kunne brukes til bygging av fritidsbolig. Generaladvokaten understreket at

it is *not*, as the Court indicated very clearly in *Konle*, *possible for the person seeking authorisation to provide incontrovertible proof of the future use of the land to be acquired*. It follows that the administrative authorities have, in determining the probative value of the information received, considerable latitude which is closely related to a discretionary power.²⁶

Det andre vilkåret gjelder på samme måte som i *Konle* den fremtidige bruken av eiendommen. Saken reiser derfor samme problemstilling når det gjelder myndighetenes vurdering av de opplysningene søkeren gir. Vilket var her i tillegg uklart formulert. Loven stilte som vilkår at eiendommen innen en viss tid måtte anvendes i samsvar med arealplanen vedtatt av lokale myndigheter, eller i samsvar med offentlige, kulturelle eller veldedige interesser. Konsekvensen blir ifølge generaladvokaten derfor at

In the absence of clarification by the Austrian authorities of the criteria applied by the administrative authorities in assessing whether the second condition is met, it must be stated that this lack of clarity is, here again, such as to leave those authorities with very considerable latitude which is closely related to a discretionary power.²⁷

Resonnementet er at selv om et vilkår er presist nok, vil det gjennom en slik utforming av bevisetemaet få samme virkning som et uklart vilkår.

²³ C-302/1997, *Konle*, 1999 p. I-3099, forente saker C-515/99, C-519/99 to C-524/99 og C-526/99 - C-540/99, *Hans Reisch m.fl.*, ECR 2002 p. I-2157

²⁴ ECR 2002 p. I-2157, avsnitt 46, min kursiv

²⁵ C-300/01, *Salzmann*, ECR 2003 p. I-4899

²⁶ Samme, avsnitt 71, min kursiv

²⁷ Samme, avsnitt 73

Dette taler for at det ikke bør stilles opp noe skille mellom "ekte" diskresjonær kompetanse og ordninger som har samme effekt. Dette er i tråd med, men går enda videre enn Innjords artikkel. Han sidestilte kun tilfeller der det er "ekte" diskresjonære hjemler og der virkningen blir den samme ved uklare og vage uttrykk i hjemmelsbestemmelsene. Denne svært vide tolkningen av diskresjonær kompetanse har direkte konsekvenser for hvordan hjemmelsbestemmelser må være utformet for å være forenlige med fellesskapsretten.

2.3 Konsesjonsbegrepet

I norsk lovgivning blir uttrykkene "konsesjon", "tillatelse" og "godkjennelse" brukt om hverandre. Det er heller ingen enhetlig begrepsbruk i rettspraksis og rettslig teori.²⁸ Dette har konsekvenser for den umiddelbare språklige forståelsen av begrepet.

I norsk litteratur er konsesjonsordninger blitt definert som en rettslig regulering, som forbyr en viss aktivitet er forbudt, men at offentlige myndigheter kan gi dispensasjon fra forbudet i enkelttilfeller.²⁹ Innenfor rammen av denne fremstillingen vil jeg legge til grunn et rent materielt konsesjonsbegrep. Det er uavhengig av om en ordning formelt er rubrisert som en "konsesjon", og omfatter alle typer tillatelsesordninger. Et materielt konsesjonsbegrep er også en naturlig følge av at jeg behandler problemstillingen i et EØS-rettslig perspektiv.

EF-domstolen har i utgangspunktet ikke lagt vekt på nasjonale klassifiseringer ved vurdering av om nasjonale ordninger er forenlige med fellesskapsretten. Dette omtales gjerne som at EF-retten er autonom i forhold til nasjonale rettssystemer. I tillegg har EF-domstolen tolket konsesjonsbegrepet vidtfaende.

Jeg vil vie relativt stor plass til to serier saker for EF-domstolen som gjerne kalles golden share-saker.³⁰ Disse dommene illustrerer godt med hvilken bredde EF-domstolen har tolket konsesjonsbegrepet.

Den siste av sakene, som var anlagt mot Storbritannia, gjaldt en særaksje i et selskap som eide og drev britiske flyplasser – British Airports Authority plc (BAA).³¹ BAA hadde tidligere vært et offentlig forvaltningsorgan. I 1986 ble det omgjort til et privatrettslig selskap, og deler av aksjekapitalen lagt ut for salg.

²⁸ Se Mestad, side 2, Eckhoff, side 69

²⁹ Mestad, side 1

³⁰ Se nedenfor avsnitt 2.5. "Golden share" er et begrep som beskriver en spesiell type aksje som gir aksjeeierene visse spesielle rettigheter. Det være seg rett til informasjon, spesielle stemmerettigheter eller veto rett når det gjelder visse disposisjoner. I det følgende vil jeg om mulig benytte det mer norske "særaksje".

³¹ C-98/01, *Kommisjonen mot Storbritannia*, ECR 2003 p. I-4641

Gjennom selskapsavtalen var det etablert en særaksje eid av staten. Blant de særlige rettighetene som lå til aksjen var krav om forutgående samtykke fra særaksjonæren når det gjaldt visse disposisjoner i selskapet. Disse disposisjonene omfattet blant annet endring av selskapsavtalens bestemmelser om særaksjen, salg som medførte tap av majoritet i datterselskaper, oppløsning av datterselskaper som kontrollerte flyplasser, og salg av flyplasser.

Den britiske regjeringen anførte at EF-reglene om fri bevegelighet ikke kom til anvendelse i det hele tatt. Den mente at dette bare var et spørsmål om en privatrettslig selskapsavtale og ikke et offentlig tiltak. Domstolen fant imidlertid at

[...] The restrictions at issue do *not arise as the result of the normal operation of company law*. BAA's Articles of Association were to be approved by the Secretary of State pursuant to the Airports Act 1986 and that was what actually occurred. In those circumstances, *the Member State acted in this instance in its capacity as a public authority*.³²

Rettighetene som fulgte statens særaksje i BAA plc var nok ikke større enn rettigheter som kan etableres gjennom generell avtalefrihet. Likefullt var det slik at aksjen i første omgang var utstedt ved privatiseringen, som ble utført gjennom en lovbestemmelse, og ikke ved en opprinnelig privatrettslig avtale. Det tradisjonelle konsesjonsbegrepet i norsk rettslig litteratur er dermed snevrere enn det EF-rettslige konsesjonsbegrepet.

En viktig grunn til den vide tolkningen konsesjonsbegrepet er at EF-domstolen alltid ser på slike ordninger i forhold til spørsmålet om hva som er en restriksjon på den frie bevegelighet. Hvordan ordningen formelt er utformet har da ingen direkte relevans: Det er virkningen, eller den potensielle virkningen på fri bevegelighet, som er relevant. Hvordan ordningen konkret er utformet kan likevel være relevant innenfor rammen av den bredere proporsjonalitetsvurderingen.

Denne vidtfavnende tolkningen av konsesjonsbegrepet har paralleller til rekkevidden av det EF-rettslige statsbegrepet når det gjelder staten som pliktsubjekt i forhold til direktivers direkte virkning og statlig erstatningsansvar. I saken *Foster mot British Gas plc* slo EF-domstolen fast at organer som er kontrollert av staten, eller gitt spesielle rettigheter utover de som kan fås ved privat råderett og avtalefrihet i denne sammenheng er å anse som del av staten:

where a person is able to rely on a directive as against the State he may do so regardless of the capacity in which the latter is acting, whether as employer or as public authority. In either case it is necessary to prevent the State from taking advantage of its own failure to comply with Community law.

[...] unconditional and sufficiently precise provisions of a directive could be relied on against organizations or bodies which were *subject to the authority or control of the State or had*

³² ECR 2003 p. I-4641, avsnitt 48, min kursiv

*special powers beyond those which result from the normal rules applicable to relations between individuals.*³³

Skjematisk kan man si at en typisk konsesjonshjemmel består av tre deler. Den første delen er vilkårene for at konsesjonsplikt i det hele tatt foreligger. Ved en konsesjonsordning lik definisjonen Mestad gir, tilsvarer dette det generelle forbudet mot den aktuelle aktiviteten. Den andre komponenten er vilkårene for at konsesjon innvilges eller avslås. Den tredje delen består av at ordning gir kompetanse til å påvirke selve innholdet i tillatelsen nærmere. De mulige rettsvirkningene er da mer enn bare avslag eller innvilgelse, og ordningen gir offentlige myndigheter rett til å stille nærmere vilkår og slik bestemme innholdet i den rett søkeren får ved innvilgelsen.

Ola Mestad benytter en slik systematikk når han drøfter ulike kategorier vilkår innenfor konsesjonsordninger. Når det gjelder den tredje komponenten tar han som utgangspunkt at

*tildeling av konsesjon med tilhørende vilkår [...] skaper ein samansett rettsleg posisjon der konsesjonshavar er tillagt både rettar og plikter.*³⁴

Eckhoff har også kategorisert forskjellige typer vilkår i offentlige vedtak.³⁵ Den første kategorien han stiller opp omfatter "forbehold" som "går ut på å begrense rekkevidden" av et vedtak. I dette henseende vil det si vilkår som begrenser rekkevidden av en konsesjon. Den andre kategorien omfatter forbehold som "består i at det knyttes plikter ("vilkår") til et vedtak som ellers begunstiger den private part".³⁶

Jeg må si meg enig i Mestads kritikk av en slik inndeling. Mestad peker på at et slikt skille på mange måter er uklart. Eckhoffs vilkårsbegrep er nok ment å favne videre, slik at det også gjelder vilkårsstillelse ved andre typer vedtak enn bare konsesjonsvedtak. Det er likevel ikke til å komme bort fra at vilkårsstillelse i større grad er en problemstilling ved konsesjonsvedtak, som gjerne er et slik begunstigende vedtak.

Viktigere er det imidlertid at Eckhoffs inndeling hovedsakelig er gjort med norsk forvaltningsrett for øye. Den er derfor ikke like godt egnet til å illustrere vilkårsstillelse i konsesjonsordninger i en EØS-rettslig sammenheng.

Mestad legger til grunn en alternativ inndeling av vilkår innenfor konsesjonsordninger. Kategorien tilhørende vilkår deler han i ytterligere to: For det første vilkår som direkte pålegger konsesjonshaveren plikter. Man kan si at Eckhoffs begge vilkårstyper, slik han definerer dem, passer inn her. For det andre skiller Mestad ut vilkår som gir kompetanse til senere å fastsette nye plikter for konsesjonshaveren.

³³ C-188/89, *Foster m.fl. mot British Gas plc*, ECR 1990 p. I-3313, avsnitt 17 – 18, min kursiv

³⁴ Mestad, side 31, min kursiv

³⁵ Mestad, side 32

³⁶ Eckhoff/Smith, side 372

Mestads inndeling er i større grad i overensstemmelse med EF-domstolens praksis når det gjelder spørsmålet om konsesjonsordninger er forenlige med fellesskapsretten. Begrepene er godt egnet til å illustrere problemstillingen for denne avhandlingen og jeg vil derfor benytte dem i det følgende.

De to første delene, vilkår for konsesjonsplikt og konsesjonsvilkår, vil alltid være til stede. Den tredje delen, tilhørende vilkår, er derimot ikke noen nødvendig del av en konsesjonsordning. Diskresjonær kompetanse kan forekomme innenfor alle disse delene av en konsesjonsordning.

For å drøfte problemstillingen i hele sin bredde, må man derfor inkludere både nasjonal rett som uttrykkelig gir diskresjonær kompetanse når det gjelder vilkårene for konsesjonsplikt, vilkårene for å godkjenne eller avslå en konsesjonssøknad, og kompetansen til å stille vilkår for godkjenning eller endre innholdet av tillatelsen i ettertid. I tillegg må man også inkludere nasjonal rett, som etter sin ordlyd er så vag og uklar at dette i praksis gir diskresjonær kompetanse innenfor disse delene av en konsesjonsordning.

2.4 Rettstilstanden på vareområdet

Traktatbestemmelsene om fri bevegelighet for varer har vært tema i en lang rekke avgjørelser fra EF-domstolen. Det mer spesielle spørsmålet om konsesjonsordninger på vareområdet utgjør en restriksjon på fri bevegelighet er også blitt behandlet av EFD, blant annet i saken *Banchemo*.³⁷ Her kom også spørsmålet om forholdet mellom den såkalte *Keck*-doktrinen og konsesjonsordninger på vareområdet på spissen.

Keck-doktrinen skriver seg fra forente saker *Keck og Mithouard* hvor domstolen presiserte sin tolkning av restriksjonsbegrepet på vareområdet.³⁸ Foranledningen var en økende saksmengde etter den svært vide tolkningen som var gitt i den tidligere *Dassonville*-dommen.³⁹ I *Keck* uttalte domstolen derfor at

contrary to what has previously been decided, the application to products from other Member States of national provisions restricting or prohibiting certain *selling arrangements* is not such as to hinder directly or indirectly, actually or potentially, trade between Member States within the meaning of the *Dassonville* judgment [...]⁴⁰

For å begrense rekkevidden av restriksjonsbegrepet skilte domstolen mellom "selling arrangements" eller salgsformer på den ene siden, og produktkrav på den andre. Vilårene for at en nasjonal ordning falt utenfor restriksjonsbegrepet som en slik salgsform er at

³⁷ C-387/93, *Straffesak mot Giorgio Domingo Banchemo*, ECR. 1995 p. I-4663

³⁸ Forente saker C-267/91 og C-268/91, *Keck og Mithouard*, ECR 1993 p. I-6097

³⁹ 8/74, *Gustave Dassonville*, ECR 1974 p. 837

⁴⁰ ECR 1993 p. I-6097, avsnitt 16 og 17, min kursiv

[...] those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, *the marketing* of domestic products and of those from other Member States.

Forbudet mot skjev virkning til skade for utenlandske operatører står altså sentralt. I tillegg ser vi at slike salgsformer bare må påvirke selve markedsføringen av produktene. Det kan selvsagt sies at grensen mellom et produktkrav og regler som begrenser markedsføringen av et produkt til tider er vanskelig å trekke. Forutsatt at disse vilkårene er oppfylt la domstolen uansett til grunn at

[...], the application of such rules to the sale of products from another Member State meeting the requirements laid down by that State is not by nature such as to prevent their *access to the market or to impede access any more than it impedes the access of domestic products*. Such rules therefore fall outside the scope of Article 30 of the Treaty.

I juridisk teori er disse to kategoriene blitt ekstrapolert til et begrepsmessig skille mellom restriksjoner på henholdsvis markedsadgang og markedsatferd.⁴¹ Den sistnevnte typen nasjonale tiltak faller utenfor restriksjonsbegrepet når det gjelder fri bevegelse av varer.

Bakgrunnen for den prejudisielle foreleggelsen i *Banchemo* var en italiensk ordning som stilte krav om statlig godkjenning for å drive detaljsalg av tobakksvarer. Giorgio Banchemo var blitt tatt i besittelse av tobakksvarer uten importbevis som kunne dokumentere at avgifter var betalt. I den påfølgende straffesaken mot ham anførte Banchemo at de italienske reglene var i strid med fellesskapsretten.

Ett av spørsmålene var om den italienske konsesjonsplikten for salgssteder av tobakksvarer var forenlig med bestemmelsene om fri bevegelse for varer. Ifølge generaladvokat Elmer at

there is a *fundamental distinction* between the rules on the sale of manufactured tobacco products at issue in the present case and those which the Court, in its judgement in *Keck and Mithouard* and subsequent judgements, assigned to the group of "provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements". [...]⁴²

I tråd med dette konkluderte han at det kunne "scarcely be any doubt" om at den italienske ordningen var en restriksjon på fri bevegelse av varer.⁴³ I klare vendinger konkluderte han derfor med at den italienske ordningen ikke kunne anses som noen salgsform, men at den utgjorde et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. I det påfølgende avsnittet presenterte han en rekke momenter til støtte for denne konklusjonen.

Domstolen kom derimot til stikk motsatt resultat og slo fast at den nasjonale ordningen

⁴¹ Se f.eks. Weiler, *The Evolution of EU Law*, side 372, som skiller mellom "market access" og "market regulation rules"

⁴² ECR 1995 p. I-4663, avsnitt 35, min kursiv

⁴³ Samme, avsnitt 36

*does not relate to the characteristics of the products but concerns solely the arrangements for the retail sale of manufactured tobacco products, since it prohibits the sale of such tobacco products otherwise than through authorized outlets. The fact that it applies to specific products, here manufactured tobacco products, and not to retail trade in general, is not such as to alter this assessment [...]*⁴⁴

Det er oppsiktsvekkende at generaladvokaten uttrykker seg så bombastisk, mens domstolen nesten i like klare ordelag kommer til stikk motsatt resultat. Domstolen slår klart fast at en konsesjonsordning for detaljhandel av tobakksvarer er en salgsform i *Keck*-dommens forstand, og at den dermed faller utenfor restriksjonsforbudet i EF-traktatens artikkel 28.

På bakgrunn av dette kan man spørre seg om det samme gjelder ved nasjonale konsesjonsordninger bedømt etter av reglene om fri bevegelighet for kapital eller etableringsretten. Spørsmålet er med andre ord om *Keck*-doktrinen kan få analogisk anvendelse på disse områdene, og eventuelt på hvilken måte.

2.5 Rettstilstanden utenfor vareområdet

2.5.1 Problemstillingen

Spørsmålet om forholdet mellom nasjonale konsesjonsordninger og reglene om fri bevegelighet for kapital har som nevnt vært oppe for EF-domstolen i flere relativt ferske saker. I det følgende vil jeg vie stor plass til to rekker golden share-saker for EFD, pådømt i henholdsvis 2002⁴⁵ og 2003⁴⁶, ved siden av enkelte saker om konsesjonsordninger for kjøp av fast eiendom.

Noe av foranledningen til de såkalte golden share-sakene var utstrakt privatisering av offentlige selskaper på 1980- og 1990-tallet. Endringen av kapitalreglene ved Maastricht-traktaten i 1992 førte til at en rekke unntaksbestemmelser på kapitalområdet ble avskaffet. I sitt forslag til avgjørelse i den første serien saker tok generaladvokat Colomer til orde for en kategorisering av de nasjonale særaksjene Kommisjonen angrep:⁴⁷

[...] The first category is legislation which applies only to non-nationals, as opposed to that which applies without distinction to nationals and foreigners. Within the latter category restrictions relating to the acquiring or increasing of a holding in the capital of a privatised company ('access restrictions') must be distinguished from restrictions which, by granting

⁴⁴ C-387/93, *Straffesak mot Giorgio Domingo Banchero*, ECR. 1995 p. I-4663, avsnitt 36, min kursiv

⁴⁵ C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, ECR 2002 p. I-4731, C-483/99, *Kommisjonen mot Frankrike*, ECR 2002 p. I-4781, og C-503/99, *Kommisjonen mot Belgia*, ECR 2002 p. I-4809

⁴⁶ C-463/00, *Kommisjonen mot Spania*, ECR 2003 p. I-4581 og C-98/01, *Kommisjonen mot Storbritannia*, ECR 2003 p. I-4641

⁴⁷ ECR 2002 p. I-4731, min kursiv

public authorities powers to oversee the resolutions adopted by the company bodies, have an effect on the very management of the company ('management restrictions').

Ordvalget har klare fellestrekk med *Keck*-doktrinen. Generaladvokaten sonderer for det første mellom diskriminerende og ikke-diskriminerende ordninger. Innenfor den siste kategorien sonderer han så mellom restriksjoner på markedsadgang på den ene siden, og restriksjoner på markedsatferd på den andre. Colomer går inn for at et slikt skille bør få juridiske konsekvenser også utenfor anvendelsesområdet for EF-traktatens artikkel 28 og 30 om fri bevegelighet for varer. Generaladvokaten gikk spesifikt inn for at sakene burde løses etter reglene om etableringsretten, noe han gjentok med styrke i sitt forslag til avgjørelse i den andre serien saker.⁴⁸ Her gikk han også klarere inn for en mer restriktiv tolkning av restriksjonsbegrepet og konkluderte som følger i samme avsnitt:

I shall not delve any deeper into what I consider an incorrect legal classification of the alleged infringement, which is of no further consequence, since the Court of Justice subjects both Community freedoms to similar scrutiny. (9)

I note 9 fortsetter han med å legge til grunn at

It is appropriate to deal with all the fundamental freedoms from a uniform perspective. Precisely because of that, it would have been desirable, in relation to regimes for privatised companies, for the Court to temper the rigour with which it applied its principles on restrictions applicable without distinction, as it did, in regard to the free movement of goods, in Joined Cases C-267/91 and C-268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097.

Det er klart at generaladvokaten ønsker en presiserende tolkning av restriksjonsbegrepet i forhold til dommene fra 2002.⁴⁹ Forslagene til avgjørelse i de to seriene av golden share-saker må tolkes slik at de tar til orde for en analogisk anvendelse av *Keck*-doktrinen ikke bare etter reglene om etableringsretten, men også etter reglene om fri bevegelighet for kapital.

Problemstillingen er altså om et skille mellom restriksjoner på markedsadgangen og restriksjoner på markedsatferden er relevant etter disse regelsettene. I litteraturen har Joseph Weiler argumentert for at traktatbestemmelsene om fri bevegelighet av varer bør gis en enklere utforming som gjenspeiler *Keck*.⁵⁰

If one could rid oneself of the selling arrangements formula, *Keck* would come to represent a departure greater than it appears at first sight. For it would allow us to reformulate a new 'universal field theory' of free movement of goods and reduce it into a couple of simple propositions.

⁴⁸ ECR 2003 p. I-4581, avsnitt 36

⁴⁹ C-367/98 ECR 2002 p. I-4731, *Kommisjonen mot Portugal*, C-483/99 ECR 2002 p. I-4781, *Kommisjonen mot Frankrike*, C-503/99 ECR 2002 p. I-4809 *Kommisjonen mot Belgia*

⁵⁰ Weiler, *The Evolution of EU law*, side 372

Ifølge Weiler kunne dette være et trinn i retning av å gi *Keck* generell anvendelse utenfor vareområdet, som for eksempel innenfor fri bevegelighet for tjenester.⁵¹ Han tar utgangspunkt i uvissheten som råder både i teorien og blant generaladvokatene om nettopp denne problemstillingen. På en mindre klar måte ser det ut til han mener den utvidelsen av *Keck* til andre områder som er skjedd i praksis fremdeles er for sterkt knyttet til salgsformsbegrepet, slik at den analogiske anvendelsen ikke når langt nok.

I golden share-saken mot Storbritannia gikk den britiske regjeringen så langt som kun å anføre at ordningen med særaksjen falt utenfor restriksjonsforbudet ved analogisk anvendelse av *Keck*-doktrinen:⁵²

The Commission is wrong to defend the proposition that any measure which hinders, or renders less attractive, the exercise of the fundamental freedoms must be justified from the point of view of the requirements of the principle of proportionality *when those requirements apply only to measures restricting access to the market*. In the context of the free movement of goods, an over-extensive application of the Court's case-law was corrected by the judgment in Joined Cases C-267/91 and C-268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097. The consequence of the Commission's argument in this case would be that all the difficulties which led to that judgment would be replicated in the context of freedom of establishment and free movement of capital.

Ettersom den britiske regjeringen ikke subsidiært anførte at ordningen måtte være en tillatt restriksjon på fri bevegelighet av kapital, vurderte ikke domstolen om restriksjonen var egnet til å nå formålet og forholdsmessig.⁵³ Derfor var det kun spørsmålet om anvendelse av *Keck* som kom på spissen.

Den britiske regjeringen gjentok nøyaktig samme argument som intervenient i saken mot Spania⁵⁴. Saksøkte tar utgangspunkt i bakgrunnen for presiseringen av restriksjonsbegrepet i *Keck*: En av årsakene til denne presiseringen var en inflasjon i prejudisielle foreleggelse, hvor blant annet regler om åpningstider ble angrepet som restriksjoner på fri bevegelighet for varer, ettersom redusert åpningstid nødvendigvis fører til lavere avsetning av importerte varer.⁵⁵

2.5.2 EF-domstolens syn

Gjennom avgjørelsene i den første serien golden share-saker avviste EF-domstolen generaladvokatens forslag om et skille mellom *access restrictions* og *management restrictions* når det gjaldt de nasjonale konsesjonsordningene. I tillegg avgjorde domstolen sakene etter kapitalreglene og ikke reglene om etableringsretten.

⁵¹ Samme, side 373

⁵² C-98/01 ECR 2003 p. I-4641, avsnitt 28, min kursiv

⁵³ Samme, avsnitt 49

⁵⁴ ECR 2003 p. I-4581, avsnitt 49 og 50

⁵⁵ Se for eksempel Weiler, s. 369, Craig & de Búrca ss. 641 flg.

Domstolen tok utgangspunkt den tolkningen av restriksjonsbegrepet som følger av rettspraksis på kapitalområdet. I saken mot Portugal ordla domstolen seg slik:⁵⁶

Even though the rules in issue may not give rise to unequal treatment, they are liable to *impede the acquisition of shares* in the undertakings concerned and to *dissuade investors in other Member States from investing in the capital of those undertakings*. They are therefore *liable*, as a result, to render the free movement of capital illusory...

Tolkningen av restriksjonsbegrepet er konsistent med tidligere praksis og har mye til felles med tolkingen av restriksjonsbegrepet etter reglene om etableringsretten. Et illustrerende for eksempel på dette finner man for eksempel i saken *Gebhard*.⁵⁷

På grunn av den britiske regjeringens klare – og eneste – anførsel, var domstolen tvunget til å ta stilling til spørsmålet om anvendelse av *Keck* i disse to sakene.⁵⁸

Kommisjonen angrep to forskjellige aspekter ved den britiske statens særaksje i British Airports Authority plc: For det første stilte aksjen opp et krav til forhåndsgodkjennelse fra særaksjonæren for kjøp av andeler i BAA plc over en viss terskel. For det andre gav særaksjen vetorett overfor visse disposisjoner i driften av selskapet. Den britiske regjeringen anførte at restriksjonsbegrepet måtte forstås slik at begge aspektene falt utenfor, jf. følgende:⁵⁹

In this case, neither the rules of private law which determine the characteristics of shares available on the market, nor those which entitle special shareholders to participate in the decisions of the company, or which require the consent of the special shareholders before certain decisions can be taken, amount to restrictions on *access* to the market.

Saksøkte fortsetter med å peke på omstendigheter som taler for at ordningen ikke virket restriktivt på den frie bevegelse for kapital:⁶⁰

The rights which the Special Shareholder may exercise under Article 10 of BAA's Articles of Association *do not interfere with either the right of establishment or the free movement of capital, since companies are not obliged to sell assets and, until the assets are placed on the market, there can be no breach of the fundamental freedoms of persons who might wish to acquire them. There are obstacles to those freedoms only where a particular person is obliged to obtain approval in order to acquire assets put on the market, which is not the case here.*

Den britiske regjeringen peker for det første på et grunnleggende avtalerettslig prinsipp, nemlig at selskapet ikke er forpliktet til å selge aksjer eller aktiva – at det ikke foreligger noen kontraheringsplikt. Det at en rettighet tillagt staten i dette tilfellet medfører her

⁵⁶ ECR 2002 p. I-4731, avsnitt 45, min kursiv

⁵⁷ C-55/94, *Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECR 1995 p. I-4165, avsnitt 25

⁵⁸ ECR 2003, p. I-4581, avsnitt 61 og ECR 2003 p. I-4641, avsnitt 47

⁵⁹ ECR 2003, p. I-4641, avsnitt 29, min kursiv

⁶⁰ Samme, avsnitt 30, min kursiv

nøyaktig samme resultat for private rettssubjekter som dersom selskapsavtalen hadde stilt opp lignende regler innenfor et rent privateid selskap. Domstolen tok ikke denne argumentasjonen til følge.⁶¹

In this instance, although the relevant restrictions on investment operations apply without distinction to both residents and non-residents, it must none the less be held that they affect the position of a person acquiring a shareholding as such and are thus liable to deter investors from other Member States from making such investments and, consequently, affect access to the market [...].

Dommen gir også klart uttrykk for at selskapsavtalens krav til forhåndssamtykke når det gjelder visse disposisjoner i driften av selskapet, utgjør en restriksjon på fri bevegelighet for kapital. Ordningen ble dermed ikke ansett som noen *management restriction* som kunne ha falt utenfor restriksjonsbegrepet.⁶² Akkurat på dette punktet er dommen snau. EF-domstolen anser altså ikke at det er noen relevant forskjell mellom samtykkekravet for kjøp av aksjer i selskapet på den ene siden, og vetoretten overfor visse disposisjoner i driften av selskapet på den andre.⁶³ Domstolen vurderer begge typer ordningene under ett i forhold til restriksjonsforbudet.⁶⁴

[...], the United Kingdom Government's argument that the measures at issue do not restrict access to the market within the meaning of Keck and Mithouard cannot be accepted. The measures at issue are not comparable to the rules concerning selling arrangements which were found in that judgment not to fall within the scope of Article 28 [ex. 30] of the EC Treaty.

Det er som nevnt virkningene av en nasjonal ordning som er relevant i et EF-rettslig perspektiv. Det domstolen gjør her er å postulere en årsakssammenheng mellom rettighetene tillagt særaksjen og adgangen til kapitalmarkedet.

Når det gjelder bestemmelsene i selskapsavtalen som krever forhåndsgodkjenning for aksjekjøp, er det ikke overraskende at domstolen avviser å likestille dem med en salgsform, eller restriksjon på markedsatferd. Konsesjonsordningen har en klar virkning på tilgangen til markedet, ettersom retten til å kjøpe slike aksjer er gjort betinget av tillatelse fra særaksjonæren, altså staten.

Når det derimot gjelder vetoretten som fulgte statens særaksje, er domstolens *resonnement* slående likt det som ligger til grunn for avgjørelsen i *CaixaBank*.⁶⁵ Også i denne saken kom spørsmålet om analogisk anvendelse av *Keck* utenfor vareområdet på spissen. Hovedsaken gjaldt ikke en nasjonal konsesjonsordning. Like fullt er dommen

⁶¹ ECR 2003, p. I-4641, avsnitt 47

⁶² Samme, avsnitt 50

⁶³ Samme, avsnitt 44

⁶⁴ Samme, avsnitt 45

⁶⁵ C-442/02 *Caixabank mot Frankrike*, ECR 2004 p. I-8961

illustrerende når det gjelder forholdet mellom nasjonal næringsregulering og restriksjonsforbudet.

Hovedsaken stod mellom CaixaBank France og den franske stat. CaixaBank France var et datterselskap, etablert i Frankrike, eid av Caixa Holding, etablert i Spania. Bankdirektivet får ikke anvendelse der en utenlandsk bank etablerer datterselskap i en annen medlemsstat.⁶⁶ Direktivets bestemmelser fikk dermed ikke anvendelse i saken.

Saksøker hevdet at et fransk forbud mot å yte renter på innskudd i til visse kontotyper var i strid med etableringsretten. I sin innstilling tok generaladvokat Tizzano følgende utgangspunkt:⁶⁷

it [is] difficult to describe national measures that regulate the pursuit of an economic activity *without directly affecting access to that activity* and without discriminating either in law or in fact between national and foreign operators as *restrictions* contrary to the Treaty for the sole reason that they reduce the economic attractiveness of pursuing that activity.

Tizzano fortsetter med en grundig drøfting av hvordan restriksjonsbegrepet bør tolkes slik at *Keck* får analogisk anvendelse også på området for etableringsretten. Det er særlig to hensyn han legger vekt på.

For det første anser han at en for vid forståelse av restriksjonsbegrepet er i strid med traktatens system når det gjelder kompetanse- og maktfordelingen mellom Fellesskapet og medlemsstatene.⁶⁸ Tizzano peker i første omgang på lovgivningskompetanse, og peker på at traktatbestemmelsene om fri etableringsrett ikke gir Fellesskapet

general powers to regulate economic activities as a self-employed person. On the contrary, they left in place the State powers in that regard, merely prohibiting discrimination and obstacles to establishment and creating *defined Community powers to harmonise national legislation* [...].⁶⁹

Jeg vil hevde at dette også kan anses som et spørsmål om jurisdiksjon. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 3.3.

For det andre understreker generaladvokaten hvordan en for vid tolkning av restriksjonsbegrepet ville kunne føre til et "rettsløst" indre marked.⁷⁰ Tizzano angriper direkte domstolens tolking av restriksjonsbegrepet slik den er basert på et postulat om årsakssammenheng fra det at en økonomisk aktivitet gjøres mindre attraktiv for økonomiske aktører (fra en annen medlemsstat) til at det utgjør et hinder for den frie bevegelse. Han mener at dette vil gi resultater som er i strid med traktatens formål:⁷¹

⁶⁶ Direktiv 2000/12/EF om adgangen til å starte opp og utøve virksomhet som kredittinstitusjon

⁶⁷ ECR 2004 p. I-8961, avsnitt 58, min kursiv

⁶⁸ Samme, avsnitt 59

⁶⁹ Samme, avsnitt 60, min kursiv

⁷⁰ Samme, avsnitt 62

⁷¹ Samme, avsnitt 63, min kursiv

that would be tantamount to bending the Treaty to a purpose for which it was not intended: that is to say, not in order to create an internal market in which conditions are similar to those of a single market and where operators can move freely, but in order to establish a market without rules. Or rather, *a market in which rules are prohibited as a matter of principle, except for those necessary and proportionate to meeting imperative requirements in the public interest.*

Endelig begrunner generaladvokaten sin innstilling med tidligere praksis fra både tjeneste- og arbeidstakerområdet.⁷² Han henviser blant annet til sakene *Alpine Investments* og *Graf*.⁷³ Tizzano mener at resultatet i disse dommene ikke vil være i strid med restriksjonsbegrepet slik EF-domstolen tolket det i sakene *Kraus* og *Gebhard*.⁷⁴ Disse er sentrale på etableringsrettens område. I *Kraus* la domstolen rammene for en vid forståelse av restriksjonsbegrepet:

Articles [39 and 43] preclude any national measure [...], where that measure, even though it is applicable without discrimination on grounds of nationality, is *liable to hamper or to render less attractive the exercise by Community nationals, including those of the Member State which enacted the measure, of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty.*

Denne tolkningen ble fulgt opp i *Gebhard*. At domstolen i denne dommen brukte uttrykket "hinder" istedenfor "hamper" bør ikke tillegges noen vekt: I den franske språkversjonen er verbet "gêner", som betyr å være til hinder for eller nettopp sjenere, brukt i begge dommene. Likhetstrekkene med domstolens utgangspunkt i golden share-saken mot Portugal er klare.⁷⁵ Tizzano hevder i stedet at en presisering av restriksjonsbegrepet, etter linjene i *Alpine Investments* og *Graf*

is aimed solely at ensuring that too vague a formulation of that concept does not give rise to *distorted readings of the freedom of movement of persons that lead to measures being classified as restrictions whose effects on the exercise of that freedom are merely hypothetical or entirely uncertain and indirect.*⁷⁶

Generaladvokaten gjentar her domstolens egen ordlyd i *Graf*.⁷⁷ Det er dette vilkåret, et krav til en viss nærhet i årsaksrekken, Bull har omtalt som et adekvansprinsipp.⁷⁸ Uttrykket kan sies å være lånt fra erstatningsretten, og kravet til en "adekvat" eller tilstrekkelig årsakssammenheng mellom en handling eller unnlatelse, og skade. Dette er illustrerende for problemstillingen her fordi det leder tanken i retning av terskel for hvor potensiell virkningen av et nasjonalt tiltak kan være før det kan anses som en restriksjon

⁷² ECR 2004 p. I-8961, avsnitt 73

⁷³ C-384/94, *Alpine Investments*, ECR 1995 p. I-1141, C-190/98, *Volker Graf*, ECR 2000 p. I-493

⁷⁴ C-19/92, *Dieter Kraus*, ECR 1993 p. I-1663 og C-55/94, *Gebhard*, ECR 1995 p. I-4165

⁷⁵ Se ovenfor, C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, ECR 2002 p. I-4731, avsnitt 43

⁷⁶ ECR 2004 p. I-8961, avsnitt 75, min kursiv

⁷⁷ C-190/98, ECR 2000, p. I-493, avsnitt 25

⁷⁸ Se petit nedenfor, avsnitt 3.3

på fri bevegelighet. *Graf* gjaldt fri bevegelighet for personer. Likevel resonnerer Tizzano at

from a general point of view, as regards the freedom of establishment, national rules of a Member State regulating the pursuit of economic activities constitute restrictions contrary to the Treaty if they are such as to place the operator exercising that freedom in conditions of law or of fact that are worse than those of an operator established in the said State *or if, by reason of their objective or effects, they directly affect access to the market.*⁷⁹

Tizzano stiller, på samme måte som Colomer i golden share-sakene, opp et skille mellom restriksjoner på markedsadgang, på den ene siden, og markedsatferd på den andre, som avgjørende for tolkningen av restriksjonsbegrepet.

Generaladvokaten legger til at det er ønskelig å begrense restriksjonsbegrepet til ordninger som direkte påvirker markedsadgangen, rettslig eller faktisk. Dette kan forstås på to måter.

For det første kan det være slik at generaladvokaten ønsker en så snever tolkning av restriksjonsbegrepet at selv ikke alle ordninger som rettslig eller faktisk har virkning på markedsadgangen rammes av det.

For det andre kan dette ses i forhold til domstolens svar i *Graf*. Her ble som sagt restriksjonsbegrepet ikke ansett å omfatte den nasjonale ordningen, ettersom den nasjonale lovgivningen hadde en for "indirekte" og "usikker" virkning på samhandelen.⁸⁰ Når Tizzano selv har tatt utgangspunkt i denne saken, taler det for at ordet "direkte" ikke betyr noe annet og mer enn det motsatte av "indirekte" slik domstolen brukte det i *Graf*.

EF-domstolen følger Tizzanos innstilling når det gjelder hvilket regelsett som får anvendelse. Like fullt avviser den klart generaladvokatens forslag om en presiserende tolkning av restriksjonsbegrepet.⁸¹ *Caixabank* er illustrerende når det gjelder domstolens forståelse av restriksjonsbegrepet innenfor reglene om etableringsfriheten. Særlig når det gjelder måten domstolen stiller opp en forbindelse mellom bestemmelser som gjelder driften av en virksomhet og adgang til markedet, øyensynlig på tvers av ordlyden i EF-traktatens artikkel 43(2). Bestemmelsen gjør uttrykkelig forbehold for

the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected, [...]

Resultatet i *Caixabank* ser umiddelbart ut til å gi denne passusen svært begrenset rekkevidde. Dette er vanskelig å se for seg hvilke typer nasjonale konsesjonsordninger som ikke vil anses som en restriksjon på markedsadgangen. Domstolens begrunnelse nyanserer dette bildet:⁸²

⁷⁹ ECR 2004 p. I-8961, avsnitt 76, min kursiv

⁸⁰ Se nedenfor om adekvansprinsippet, avsnitt 3.3

⁸¹ ECR 2004 p. I-8961, avsnitt 12

⁸² Samme, avsnitt 14, min kursiv

Where credit institutions which are subsidiaries of foreign companies seek to enter the market of a Member State, *competing by means of the rate of remuneration paid on sight accounts constitutes one of the most effective methods to that end. Access to the market by those establishments is thus made more difficult by such a prohibition.*

Domstolens avviser ikke et skille mellom restriksjoner på henholdsvis markedsadgang og markedsatferd når det gjelder etableringsretten. Domstolen argumenterer jo nettopp for at det nasjonale forbudet er en restriksjon på nettopp utenlandske bankers adgang til finansmarkedet.

CaixaBank France var som sagt et datterselskap av det spanske holdingselskapet. Dette kan man anse som en primæretablering, ettersom bankvirksomheten i Frankrike stod på egne ben.⁸³ Dette gjør domstolens resonnement enda vanskeligere å forstå: Ved en primæretablering vil den utenlandske aktøren stå i nøyaktig samme stilling som den innenlandske, og hensyn som kan tale for et godt vern mot restriksjoner og vern mot skjev virkning gjør seg ikke gjeldende med samme tyngde. Det er ingen god grunn for at et selskap med utenlandske eiere skal stå i noen permanent bedre stilling enn rent innenlandske selskaper i vertsstaten. Tizzano forstår resonnementet i *Keck* slik at det hviler på et

*dual criterion of access to the market and discrimination: any national measure that prevents the access of products from another Member State to the market or impedes the access of such products any more than it impedes the access of national products constitutes an obstacle to the freedom of movement of goods.*⁸⁴

Utgangspunktet er selvsagt at *Keck* er avgrenset til ordninger som ikke har noen diskriminerende virkning. Mye tyder på at domstolen her legger avgjørende vekt på dette vilkåret, og at det derfor i realiteten er *Keck*-testen som legges til grunn. Sett i forhold til dommene i golden share-sakene, taler det for at restriksjonsbegrepet etter etableringsretten tolkes snevrere enn restriksjonsbegrepet etter reglene om fri bevegelighet for kapital.

Domstolens resonnement i *Caixabank* har likhetstrekk med hvordan EF-domstolen tidligere har tolket et ganske annet fellesskapsrettslig prinsipp, nemlig diskrimineringsforbudet. Særlig illustrerende i den retning er blant annet sakene *Angonese* og *Clean Car Autoservice*.⁸⁵ Her la EF-domstolen til grunn at en nasjonal ordning kan ha en diskriminerende virkning selv om ikke alle innlendinger står i en bedre stilling enn utlendinger. Det kan være slik at det er en diskriminerende effekt domstolen har villet komme til livs, og ikke en restriksjon strengt tatt.

⁸³ Om skillet mellom primær- og sekundæretablering, se Bull, side 543, Craig & de Búrca, side 733

⁸⁴ ECR 2004 p. I-8961, avsnitt 72, min kursiv

⁸⁵ Se C-281/98, *Angonese*, ECR 2000 p. I-4139, avsnitt 41 og C-350/96, *Clean Car Autoservice GmbH mot Landeshauptmann von Wien*, ECR 1998 p. I-2521, avsnitt 28 – 29

I *Keck* ble det stilt som et vilkår at en salgsform må være "*indistinctly applicable*" for å være tillat. Ordlyden kan forstås på den måten at det gjelder et krav til lik behandling også av innenlandske operatører - at ikke de kommer dårligere ut enn de fra andre medlemsstater. Det kan se ut som at domstolen anvender et prinsipp om næringsfrihet – noe Tizzano også angriper i sin innstilling. Bull har tatt til orde for at et slikt prinsipp utledes fra domstolens praksis i forhold til reglene om fri bevegelighet.⁸⁶ Nå må det sies at domstolen i *Keck* eksplisitt også begrunnet dommen med at ikke enhver nasjonal regulering som innebærer en begrensning i næringsfriheten rammes av reglene om fri bevegelighet.⁸⁷ Dette har forbindelseslinjer til spørsmålet om hvilken stilling omvendt diskriminering skal ha i fellesskapsretten. Denne problemstillingen behandles ikke her.

På den annen side kan det rettes kritikk mot domstolens tolkning av skjevvirkingen til skade for den utenlandske operatøren i dette tilfellet. Domstolen legger til grunn at forbudet mot å yte renter på visse kontotyper

hinders credit institutions which are subsidiaries of foreign companies in raising capital from the public, by depriving them of the possibility of competing more effectively, by paying remuneration on sight accounts, with the credit institutions traditionally established in the Member State of establishment, which have an extensive network of branches and therefore greater opportunities than those subsidiaries for raising capital from the public.⁸⁸

Begrunnelsen er at reguleringen av bankmarkedet rammer utenlandske banker hardere, og at reguleringen (av markedsatferd) dermed utgjør en restriksjon på markedsadgangen. Domstolen begrunner skjevvirkingen gjennom at nye aktører bare kan konkurrere på bankmarkedet gjennom å yte renter på innskudd. Det er med andre ord en relativt lettvinnt vurdering av finansmarkedet som legges til grunn for domstolens svar på et prejudisielt tolkningsspørsmål.

Det er imidlertid nokså klart at også en ny *nasjonal* bank vil stå i en like dårlig stilling som *Caixabank* i hovedsaken: En slik ny aktør vil på samme måte stå uten et nettverk av lokale kontorer, om den ikke går veien om et oppkjøp av en eksisterende bank – et alternativ som står like åpent for en utenlandsk bank.

Avgjørelsen er fattet i stor avdeling. Det taler for at EF-domstolen selv har ansett tolkningsspørsmålene som viktige, og gir svaret betydelig vekt.

Det er to sentrale forskjeller mellom *Caixabank* og golden share-sakene. For det første ble *Caixabank* avgjort etter reglene om etableringsretten. Generaladvokaten argumenterte for at dette regelsettet også måtte få anvendelse i sin innstilling til den første serien av golden share-saker, men EF-domstolen avgjorde disse sakene etter kapitalreglene. Det kan dermed stilles spørsmål ved hvordan denne dommen kan tas til inntekt for en

⁸⁶ Bull, side 521

⁸⁷ ECR 2004 p. I-8961, avsnitt 14

⁸⁸ ECR 2004 p. I-8961, avsnitt 13, min kursiv

tilsvarende tolkning av restriksjonsbegrepet på kapitalområdet når EF-traktatens artikkel 43(2) slår fast at

Freedom of establishment shall include the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, [...], subject to the provisions of the chapter relating to capital.

For det andre er det forskjeller når det gjelder faktum i sakene. Hovedsaken i *Caixabank* gjaldt ikke en nasjonal konsesjonsordning, men generell næringsregulering. Golden share-sakene gjelder derimot spesiell regulering av næringsvirksomhet, der staten ved særaksjer har gjort inngrep i konkrete bedrifters fremtidige disposisjonsfrihet.

2.6 Konklusjon

De såkalte golden share-sakene utgjør til sammen fem dommer. Selv om det er klare likhetstrekk mellom alle sakene, var det kun i saken mot Belgia at statens særaksje ble ansett for å være forenlig med fellesskapsretten.⁸⁹

Årsaken var ikke at domstolen anså den belgiske stats særaksje for å falle utenfor restriksjonsbegrepet: Ordningen ble ansett forenlig med EF-traktatens artikkel 56 som en objektivt begrunnet og forholdsmessig restriksjon på fri bevegelighet for kapital. I golden share-sakene sondret heller ikke domstolen mellom begrensningene særaksjene innebar for på den ene siden kjøp av aksjer i selskapene og på den andre siden etterfølgende vetorett når det gjelder disposisjoner i driften av selskapene.

Likefullt utelukker ikke domstolen i sakene mot Spania og Storbritannia at *Keck* kan få anvendelse når det gjelder konsesjonsordninger på området for fri bevegelighet for kapital: Domstolen understreket nettopp at den britiske stats særaksje ikke hadde "comparable effects". Det vil si virkninger som er sammenlignbare med de som følger av en salgsform etter *Keck*-praksisen. Domstolen bruker med andre ord et *distinguish the case*-argument. Dommene etterlater likefullt svært lite rom for analogisk anvendelse av *Keck* når det gjelder fri bevegelighet for kapital. Det er vanskelig å se for seg konsesjonsordninger som hverken vil påvirke aksjonærer eller virke avskrekkende på utenlandske investorer slik domstolen beskriver det i dommen mot Portugal.

I *Caixabank* trekker domstolen også en tilsynelatende vid ramme om restriksjonsbegrepet når det gjelder etableringsretten. Den avviser heller ikke her et skille mellom restriksjoner på henholdsvis markedsadgang og markedsatferd. Dommen kan imidlertid forstås slik at det var den diskriminerende effekten av den franske reguleringen som var avgjørende. Dersom det er tilfellet, vil konsesjonsordninger som vurderes etter reglene om etableringsretten lettere kunne anses som en *management restriction*. Det kan

⁸⁹ C-503/99, *Kommisjonen mot Belgia*, ECR 2002 p. I-4809

innvendes at ved å tolke forbudet mot skjevvirkning etter *Keck* som så vidtgående, får den snevrere tolkningen av restriksjonsbegrepet liten praktisk betydning.

Motsatt må man spørre om det prinsipielt sett kan tenkes en type konsesjonsordning utenfor vareområdet som vil kunne anses som en *management restriction* og som ikke påvirker markedsadgangen. En konsesjonsordning er basert på et generelt forbud av en aktivitet, hvor dispensasjon eller tillatelse gis på nærmere vilkår.⁹⁰ Det er klart at et slikt generelt forbud, hvor det ligger i sakens natur at dispensasjon kan nektes, utgjør et potensielt eller – ved avslag – faktisk hinder for adgang til et marked. Visse konsesjonsordninger gir kompetanse til å stille tilhørende vilkår, det vil si å forme tillatelsens innhold eller stifte nye plikter etter konsesjonsvedtaket. Det er denne siden av konsesjonsordninger som det er mest nærliggende å anse som en restriksjon på markedsatferden. Dette spørsmålet vil jeg drøfte nærmere nedenfor i avsnitt 3.7.2.

Denne vidtrekkende tolkningen av restriksjonsbegrepet har medført at EF-domstolen vil anse de aller fleste former for nasjonale konsesjonsordninger som restriksjoner på den frie bevegelse. Det er svært få holdepunkter for at EFTA-domstolen vil tolke restriksjonsforbudet snevrere enn EF-domstolen når det gjelder nasjonale konsesjonsordninger. Det er heller ingen grunn til at den skal tolke begrepet mer vidtrekkende.

⁹⁰ Se ovenfor avsnitt 2.3

3 Konesjonsordninger og rettsvisshetsprinsippet

3.1 Innledning

Emnet for forrige kapittel var forholdet mellom nasjonale konsesjonsordninger og omfanget av restriksjonsbegrepet etter reglene om etableringsretten og fri bevegelse for kapital. Det er klart at EFD bare i svært liten grad har åpnet for at *Keck* kan få anvendelse utenfor vareområdet. Derfor er det svakt grunnlag for å hevde at visse typer konsesjonsordninger, som utgjør *management restrictions*, faller utenfor restriksjonsbegrepet og dermed anvendelsesområdet for reglene om fri bevegelse. Denne vide tolkningen av restriksjonsforbudet får konsekvenser når domstolen samtidig har slått fast at nasjonale ordninger som begrenser den frie bevegelse også må være forenlig med det fellesskapsrettslige prinsippet om *legal certainty*.

Legal certainty er dermed et kumulativt vilkår, og kommer i tillegg til forbud mot forskjellsbehandling, kravene til at ordningen forfølger et legitimt mål og at ordningen er både nødvendig og forholdsmessig for å nå dette målet. Emnet for dette kapitlet er hvilke nærmere vilkår prinsippet om *legal certainty* stiller til nasjonal rett når det gjelder konsesjonsordninger. Jeg benytter uttrykket nasjonal rett bevisst: Jeg ønsker ikke å foregripe spørsmålet om lovtekst som er utformet i strid med *legal certainty* kan "repareres" ved andre former for normering. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 4.5.

EF-domstolen har gjennom omfattende rettspraksis knesatt *legal certainty* som et grunnleggende fellesskapsrettslig prinsipp. Pr. 30. august 2005 er begrepet omtalt i 1708 dommer fra EF-domstolen og Førsteinstansretten⁹¹. Domstolen anvendte det eksplisitt for første gang i 1961.⁹² I de senere år er prinsippet både blitt påberopt og anvendt i økende grad.⁹³ Det høye tallet sier nok mer om hvilke grunnlag saksøkere forsøker å bruke enn det sier om innholdet i det EF-rettslige prinsippet. Tallet viser uansett at prinsippet om *legal certainty* har fått en sentral rolle i fellesskapsretten.

⁹¹ Etter søk i Eur-lex

⁹² I en sak etter EKSF-traktaten, 42-49/59, S.N.U.P.A.T mot den Høye myndighet, ECR 1961 p. 53

⁹³ Se Puissochet & Legal

Prinsippet om *legal certainty* har ikke noe eksplisitt grunnlag i EFs eller EUs traktatverk.⁹⁴ Som rettslig prinsipp anses det for å stamme fra europeisk, og spesielt tysk forvaltningsrett.

Legal certainty er som sagt blitt anvendt av domstolen helt siden opprettelsen av det Europeiske Kull- og Stålfellesskap. I all hovedsak er imidlertid prinsippet blitt stilt opp som et krav til fellesskapsretten. Mange av sakene gjelder derfor bestemmelser innenfor to av de mest integrerte områdene innenfor fellesskapsretten, den felles jordbrukspolitikk (CAP) og konkurranseretten. Det foreligger ikke like langvarig og omfattende rettspraksis hvor *legal certainty* er stilt som et krav til nasjonal rett innenfor anvendelsesområdet for reglene om fri bevegelighet.

En av hovedgrunnene til den kortvarige praksisen er at kapitalreglene først ble utvidet med Maastricht-traktaten: De fleste sakene hvor spørsmålet om *legal certainty* i forhold til nasjonal rett har kommet på spissen, har vært saker som gjelder fri bevegelighet for kapital. Det har særlig dreid seg om tre sakstyper: For det første golden share-saker,⁹⁵ for det andre saker om kjøp av fast eiendom og endelig saker om valutaoverføringer.

I sitt omfattende verk om europeisk forvaltningsrett drøfter Jürgen Schwarze *legal certainty* som rettslig prinsipp.⁹⁶ Forfatteren behandler prinsippet om vern om berettiget forventning og om *legal certainty* under ett. Schwarzes analyse har imidlertid en noe annen innfallsvinkel enn den jeg har valgt her. Han skiller mellom tre ulike anvendelsesområder for *legal certainty* (og vern om berettiget forventning) og disponerer sin analyse tilsvarende.

Det første anvendelsesområdet er det han kaller "direct executive action" fra fellesskapsorganenes side, det vil si fellesskapets virke som offentlig myndighet. Det andre området er "indirect executive action". Med dette mener han de feltene av fellesskapsretten hvor medlemsstatene har ansvar for håndheving. Felles for begge disse anvendelsesområdene er at de gjelder spesiell normering. Det tredje og siste anvendelsesområdet Schwarze stiller opp er "Community Legislative Action". Her er det med andre ord tale om anvendelse av prinsippene i forhold til fellesskapet som lovgiver, det vil si generell normering.

Schwarze drøfter altså ikke *legal certainty* innenfor det anvendelsesområdet som er aktuelt for denne fremstillingen. At forfatteren valgte en slik grensdragning kan skyldes at boken var ferdigstilt i 1988, og bygger på rettspraksis fra 1970 og 1980-tallet. Dette var med andre ord før unionstraktaten ble ratifisert. Dommene fra kapitalområdet, hvor

⁹⁴ Se Pollaud-Dullian, *A propos de la sécurité juridique*, side 490, Schwarze, *European Administrative Law*, side 938

⁹⁵ Se ovenfor avsnitt 2.5

⁹⁶ Se Schwarze, kapittel 6

spørsmålet om kravet til *legal certainty* reises, er som sagt i all hovedsak pådømt etter disse nye kapitalreglene.

Hovedfokus for denne fremstillingen retter seg mot anvendelsen av prinsippet om *legal certainty* på et område som man kan se som et aggregat av Schwarzes analyseområder: Prinsippet er anvendt i forhold til medlemsstatene både som forvaltningsmyndighet, ved spesiell normering, og lovgiver, ved generell normering. Dette er altså på utsiden av området for "indirect executive action", som var begrenset til anvendelse av prinsippet i forhold til medlemsstatene anvendelse av fellesskapsretten. Derfor vil jeg i det følgende ikke gå videre inn på Schwarzes konklusjoner.

Det er imidlertid enighet i litteraturen om at prinsippet får anvendelse på forskjellige områder innenfor fellesskapsretten. Niels Fenger regner tre slike anvendelsesområder; i forhold til nasjonal gjennomføringslovgivning, i forhold til nasjonal rett gjennom reglene om fri bevegelse og endelig i forhold til både fellesskapsretten og nasjonal rett gjennom fundamentale rettigheter, altså menneskerettigheter.⁹⁷

Juha Raitio legger an et annet perspektiv i sin analyse av *legal certainty* i EF-retten.⁹⁸ På bakgrunn av normteori sonderer han mellom "formal", "factual" og "substantive" legal certainty. Tilnærmingen har svak forankring i praksis.⁹⁹ Jeg kan heller ikke se at den bidrar til å gjøre begrepet noe klarere. Ettersom min problemstilling gjelder krav til konsesjonsordninger *de lege lata*, finner jeg ikke grunn til å ta stilling til Raitios konklusjoner.

Legal certainty anvendes som rettslig prinsipp i forskjellige sakstyper og rettslige relasjoner. Som vi skal se har domstolen også gitt prinsippet et noe varierende uttrykk i rettspraksis. Spørsmålet er da for det første om disse variasjonene bærer bud om at prinsippet stiller forskjellige krav etter omstendighetene det anvendes i. Eller om det kun er tale om en tilsynelatende forskjell, slik at prinsippet alltid består av en "hard kjerne" med et sett av faste krav. Dette er et ledd i spørsmålet om hvilke nærmere krav prinsippet om *legal certainty* stiller til nasjonal rett i saker om konsesjonsordninger.

Dersom prinsippet faktisk stiller de samme kravene i flere relasjoner, må det stilles spørsmål om kravene gjør seg gjeldende med ulik vekt i forskjellige relasjoner. I den videre fremstilling vil jeg ta utgangspunkt i hvordan domstolen har formulert kravet til *legal certainty* når det gjelder nasjonal rett, og drøfte dette i forhold til hvordan prinsippet er blitt anvendt i saker på andre rettsområder innenfor fellesskapsretten.

⁹⁷ Niels Fenger, *Forvaltning og fællesskab*, særlig kapittel 8, 2.2 og 9, 3.3

⁹⁸ Juha Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*

⁹⁹ Se f.eks. s. 339 siste avsnitt: "The various conceptions of legal certainty in different legal cultures are not studied here in depth, because the emphasis is on the theoretical conception of legal certainty based especially on Aarnio's and Peczenik's works."

3.2 Presisjonskravet

En av de første sakene hvor EF-domstolen eksplisitt anvendte *legal certainty* i forhold til nasjonal rett, var *Scientologikirkens investeringsfond*.¹⁰⁰ Dette var en prejudisiell foreleggelse. Spørsmålet i hovedsaken gjaldt et fransk krav til forhåndsgodkjennelse for utenlandske operatører ved investering i Frankrike. Formålet med den nasjonale ordningen var vern om offentlig orden og sikkerhet, noe domstolen anerkjente som lovlige hensyn. Spørsmålet var likevel om konsesjonsordningen var forenlig med retten til fri bevegelighet for kapital. Domstolen la til grunn at

the essence of the system in question is that prior authorisation is required for every direct foreign investment which is such as to represent a threat to public policy [and] public security, without any more detailed definition. Thus, the investors concerned are given *no indication whatever as to the specific circumstances* in which prior authorisation is required.

Such lack of precision does not enable individuals to be apprised of the extent of their rights and obligations deriving from Article 56 [ex 73b] of the Treaty. That being so, the system established is contrary to the principle of legal certainty.¹⁰¹

Vi ser altså at domstolen underkjente ordningen nettopp fordi den var i strid med prinsippet om *legal certainty* ved at den nasjonale lovgivningen ikke tilstrekkelig anga under hvilke "specific circumstances" det oppstod konsesjonsplikt. Det er altså utformingen av den første siden av en konsesjonsordning – det generelle forbudet mot en aktivitet – som kommer på spissen i denne saken.

Domstolen legger særlig vekt på at *legal certainty* stiller et presisjonskrav til nasjonal rett. Men domstolens svar gir liten veiledning utover det faktum at det gjelder et presisjonskrav. Det er vanskelig å trekke klare slutninger fra ordlyden om hvor terskelen ligger for når nasjonal rett kan anses for å angi tilstrekkelig "*specific circumstances*".

I andre saker om nasjonale konsesjonsordninger har også domstolen lagt særlig vekt på presisjonskravet. Kravet er imidlertid ikke gitt et helt enhetlig språklig uttrykk i rettspraksis.

I golden share-saken mot Portugal formulerte domstolen kravet slik når det gjelder diskresjonær kompetanse innenfor konsesjonsordninger:¹⁰²

a scheme of prior administrative authorisation [...] must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned, and all persons affected by a restrictive measure of that type must have a legal remedy available to them.

¹⁰⁰ C-54/99, Association Eglise de scientologie de Paris and Scientology International Reserves Trust v The Prime Minister, ECR 2000 p. I-1335

¹⁰¹ ECR 2000 p. I-1335, avsnitt 21 og 22, min kursiv

¹⁰² ECR 2002, p. I-4731, avsnitt 50, min kursiv

Her ser vi at domstolen faktisk ikke eksplisitt viser til prinsippet om *legal certainty*, men istedet beskriver hvilke krav den mener må stilles til nasjonal rett. Domstolen knesetter et krav til at konsesjonsordninger skal være grunnet på "objektive kriterier", som er kjent på forhånd av de virksomhetene som er berørt av ordningen.

Særaksjen stilte som nevnt opp et krav til forhåndsgodkjennelse for kjøp av aksjer over en viss terskelverdi.¹⁰³ I denne saken var det generelle forbudet – konsesjonsplikten – presist nok formulert. Den manglende presisjonen heftet ved utformingen av konsesjonsvilkårene.

Domstolen ordla seg på samme måte i flere saker som gjaldt østerriksk krav til konsesjon for erverv av fast eiendom. *Salzmann* var den tredje i en rekke saker som gjaldt østerriksk krav om konsesjon ved kjøp av fast eiendom.¹⁰⁴ Loven stilte to vilkår for tillatelse til å kjøpe eiendommer omfattet av loven. For det første måtte ikke eiendommen brukes til bygging av fritidsbolig. For det andre måtte eiendommen innen en viss tid brukes i henhold til gjeldende arealplan. Generaladvokaten understreker at.

a prior authorisation scheme such as that in the present case must be *based on objective, non-discriminatory criteria* which are known in advance to the persons concerned, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily.¹⁰⁵

Han gjentar altså argumentasjonen generaladvokat Geelhoed la for dagen i *Reisch*. Légers konklusjon blir, i tråd med domstolens formulering i *Konle* og *Scientologikirkenes investeringsfond*, at:¹⁰⁶

Where, [...], *the specific, objective circumstances in which prior authorisation will be granted or refused cannot be determined*, the Court has taken the view that such lack of precision does not enable individuals to be apprised of the extent of their rights and obligations deriving from Article 56 [ex. 73b] of the Treaty, so that such a scheme must be regarded as contrary to the principle of legal certainty.

Også her gjelder den manglende presisjonen utformingen av konsesjonsvilkårene. *Salzmann* ble avvist av domstolen fordi hovedsaken etter domstolens oppfatning ikke inneholdt et tilstrekkelig grenseoverskridende element. Den tok dermed ikke stilling til realiteten i saken eller spørsmålet om *legal certainty*.

I den foreløpig siste av denne typen saker om østerriksk lovgivning, *Ospelt*, henviser domstolen til et avsnitt fra dommen i saken *Analir*.¹⁰⁷ Dette var en prejudisiell avgjørelse som gjaldt fri bevegelighet for tjenester, nærmere bestemt sjøtransport.

¹⁰³ Se ovenfor, avsnitt 2.5

¹⁰⁴ C-300/01, *Salzmann*, ECR 2003 p. I-4899

¹⁰⁵ ECR 2003, p. I-4899, avsnitt 74, min kursiv

¹⁰⁶ ECR 2003, p. I-4899, avsnitt 75, min kursiv

¹⁰⁷ C-205/99, *Analir* m.fl., ECR 2001 p. I-1271

Interesseorganisasjonen Analir, med flere, anla sak for å få kjent en spansk konsesjonsordning ugyldig. Nasjonal lovgivning påla konsesjonsplikt for drift av linjer mellom fastlandet og de spanske atlanterhavsoyene. I tillegg gav ordningen offentlige myndigheter kompetanse til å pålegge søkerne plikter av almen interesse, såkalt "public service"-plikter. Domstolen tok følgende utgangspunkt:¹⁰⁸

if a prior administrative authorisation scheme is to be justified even though it derogates from a fundamental freedom, it must, in any event, be based on *objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned*, [...].

Domstolen gjentar om ikke ordrett, så i innhold, resonnementet i innstillingene til sakene *Reisch* og *Salzmann*. Dette kan tale for at kravet til forutberegnelighet veier med like stor tyngde når *legal certainty* anvendes i forhold til nasjonal rett som i forhold til fellesskapsretten direkte.

Generaladvokat Geelhoed tok et lignende perspektiv i saken *Ospelt*.¹⁰⁹ Dette var også en prejudisiell foreleggelse. I hovedsaken var det imidlertid tale om en landbrukseiendom, og ikke byggetomter som i *Konle*, *Reisch* og *Salzmann*. *Ospelt* ønsket å overføre et gods hun eide i Østerrike til en stiftelse i hennes eget navn. Etter østerriksk lovgivning var overdragelse konsesjonspliktig.

I denne saken, som i *Salzmann*, var det konsesjonsvilkårene som gav diskresjonær kompetanse. Når det gjaldt spørsmålet om diskresjonær kompetanse tar generaladvokat Geelhoed tar som utgangspunkt at

*an authorisation procedure where the administration is bound by well-defined and well-known criteria is not, in my view, per se contrary to Community law. That is because such a procedure serves to provide legal security for the acquirer of the real property. [...]*¹¹⁰

Geelhoed beskriver altså presisjonskravet noe annerledes her, og legger vekt på både veldefinerte og velkjente vilkår. Kravet til at vilkårene skal være velkjente må sies å være et utslag av hensynet til forutberegnelighet. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 3.3.

Spørsmålet i *Ospelt* ble avgjort på det grunnlag at den nasjonale konsesjonsordningen ble ansett som uforholdsmessig. Domstolen underkjente den altså innenfor rammen av proporsjonalitetsvurderingen. Det forhindret ikke domstolen i å stille opp en ramme for hvordan kravet til *legal certainty* stiller seg i forhold til den nasjonale rett:¹¹¹

where the granting of prior authorisation is concerned, such measures must be based on objective criteria which are known in advance and which allow all persons affected by a restrictive measure of that type to have a legal remedy available to [...].

¹⁰⁸ ECR 2001 p. I-1271, avsnitt 38, min kursiv

¹⁰⁹ C-452/01, *Margarethe Ospelt*, ECR 2003 p. I-9743

¹¹⁰ ECR 2003 p. I-9743, avsnitt 154, min kursiv

¹¹¹ ECR 2003 p. I-9743, avsnitt 34, min kursiv

Ordlyden "based on objective criteria" er i utgangspunktet bred. I samme retning peker også Geelhoeds innstilling, hvor han formulerer det som at forvaltningens kompetanse er "bound by well-defined and well-known criteria".¹¹² "Objective criteria" bør dermed ikke bare forstås innenfor det snevre uttrykket lovvilkår, men må omfatte vilkårene for at det inntreffer konsesjonsplikt, konsesjonsvilkårene, og kompetansen til å stille tilhørende vilkår. Disse kategoriene vil jeg komme nærmere tilbake til nedenfor i avsnitt 3.7.2.

Presisjonskravet har altså fått et varierende språklig uttrykk i domstolens praksis. Fellestrekk når det gjelder ordlyden i avgjørelsene er kravet til spesifikke og objektive vilkår. De forskjellige uttrykkene gir likevel begrenset veiledning utover det faktum at det gjelder et presisjonskrav.

Finn Arnesen drøfter innholdet i konsesjonsdirektivets artikkel 5 nr. 1 bokstav d krav til "objektive kriterier".¹¹³ Her er uttrykket brukt for å angi skranker for hvilke hensyn nasjonale myndigheter kan legge vekt på i tildeling av konsesjoner under direktivet, altså i forhold til sekundærrett. Betrachtingene kan allikevel være relevante, ettersom ordlyden er identisk med den domstolen har lagt til grunn.

Arnesen tar utgangspunkt i en alminnelig språklig forståelse av uttrykket "objektiv" og konkluderer med at det kan innebære et saklighetskrav, et krav om upartiskhet, et krav om at vilkår er almenngyldige og legges til grunn overfor alle, eller endelig et krav til at hensynene som fremsettes er de som virkelig legges og er lagt til grunn for tildelingen. Kravene til saklighet, upartiskhet og almenngyldighet må vel kunne anses som et forbud mot at det legges vekt på subjektive hensyn. Om det er tatt slike hensyn, vil disse gjerne i tillegg være dekket av fellesskapsrettens velutviklede prinsipper om likebehandling. Det siste alternativet Arnesen stiller opp, at de hensynene som er presentert også er de det virkelig er lagt vekt på, innebærer en regel for å motvirke myndighetsmisbruk og vilkårlighet. Fenger har også lagt vekt på at *legal certainty* tjener et slikt formål.¹¹⁴

Hovedsaken i *APX* gjaldt nederlandske bestemmelser som gav den tidligere nasjonale elektrisitetsmonopolisten visse spesielle rettigheter.¹¹⁵ Disse rettighetene var gitt for at selskapet skulle kunne oppfylle kontraktsforpliktelser det hadde påtatt seg i sin tidligere rolle. *APX* (Amsterdam Power Exchange Spotmarket BV) med flere gikk til sak ved nasjonale domstoler, og anførte at en slik ordning var i strid med EF-traktatens artikkel 86, annet ledd og direktiv 96/92/EF.¹¹⁶ Spørsmålet var om den nederlandske

¹¹² Samme, avsnitt 154

¹¹³ Arnesen, *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*, kapittel 11.4; direktiv 94/22/EF om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner

¹¹⁴ Se nedenfor avsnitt 3.3

¹¹⁵ C-17/03, *APX*, dom av 07/06/2005, ennå ikke trykt i samlingen

¹¹⁶ Direktiv 96/92/EF om felles regler for det indre marked for elektrisitet

lovgivningen var i strid med EL-direktivets bestemmelser. Om *legal certainty* la domstolen til grunn at

*this requires in particular that rules involving negative consequences for individuals should be clear and precise and their application predictable for those subject to them [...].*¹¹⁷

Dommen er et svar på en prejudisiell foreleggelse, og er avsagt i stor avdeling, noe som tyder på at domstolen selv har ansett saken for å være viktig. Utsagnet er fortettet, og inneholder flere sentrale elementer. Det første kravet domstolen stiller opp i APX er et krav til at fellesskapsregler skal være klare og presise. Domstolen henviser til flere tidligere saker i denne sammenheng, men gir et annerledes uttrykk for et slik presisjonskrav enn i sakene ovenfor som gjaldt presisjonskravet til nasjonal rett. Spørsmålet er om en avvikende ordlyd kan bære bud om noen materiell forskjell.

Om det er noe reellt skille mellom et krav til "klarhet" på den ene siden og "presisjon" på den andre kan nok diskuteres. Russel og Raimbault hevder at rettssikkerhetsprinsippet i tysk rett omfatter fire normer, og blant disse et krav til det som gjerne kalles transparens eller gjennomsiktighet av lovregler.¹¹⁸ Gjennomsiktighet er etter min mening et bedre norsk ord enn transparens, som er et fremmedord. Forfatterne bruker det franske uttrykket *limpidité*, som betyr glassklart og hevder et slikt ord dekker kravet til både klarhet og presisjon i forhold til lovtekst eller vedtak.

I dommen *Irland mot Kommisjonen* som det henvises til i APX, ble presisjonskravet formulert som at

*community legislation must be certain and its application foreseeable by those subject to it.*¹¹⁹

Her ser vi at domstolen bruker ordet "certain" i stedet for "clear and precise". Språklig sett er det vel like vanskelig å trekke noe klart skille mellom klar og presis, som mellom disse to og ordet "certain". Den danske oversettelsen bruker ordet "klar".

Forskjellene i ordlyd synes ikke å påvirke domstolen i sin henvisning til andre saker. Dette taler for at forskjellene ikke gir anvisning på noen forskjellig terskel for akseptabel presisjon i lovstoffet.

Det er svakt grunnlag for å hevde at forskjellene i ordlyd bærer bud om noe skiftende presisjonskrav. Men sakstilfanget er ennå ikke særlig omfattende. Dette gjør det vanskelig å trekke sikre slutninger om den konkrete terskelen for presisjonskravet.

Legal certainty var som sagt ikke avgjørende for domstolens svar i *Ospelt*. Det følger likevel klart av dommen at prinsippet får anvendelse i slike saker, og at det innebærer et presisjonskrav i forhold til nasjonal rett. Den nasjonale lovgivningen i hovedsaken ble

¹¹⁷ C-17/03, APX, dom av 07/06/2005, ennå ikke trykt i samlingen, avsnitt 80, min kursiv

¹¹⁸ Russel & Raimbault, side 93

¹¹⁹ 325/85 Irland mot Kommisjonen, ECR 1987 p. 5041, avsnitt 18, min kursiv

ansett for å tilfredsstille dette presisjonskravet, til forskjell fra i *Scientologikirkens investeringsfond*. Spørsmålet er om dette kan gi grunnlag for å slutte noe generelt om terskelen for når nasjonal rett er tilstrekkelig presis.

Dette spørsmålet er vanskelig ikke minst på grunn av EF-domstolens materielle kompetanse, eller snarere grensene for den. Ved prejudisielle foreleggelse er domstolens kompetanse begrenset til å tolke fellesskapsretten. Dersom man skulle gjøre en komparativ analyse av rettspraksis for å komme svaret nærmere er man dermed i stor grad begrenset til traktatbruddssaker, ettersom domstolens kompetanse er bredere i slike saker.

Presisjonskrav til gjennomføringslovgivning

I juridisk litteratur er det også lagt vekt på at domstolen har anvendt *legal certainty* som et krav til presisjon når det gjelder nasjonal lovgivning som gjennomfører fellesskapsrettsakter.¹²⁰

Puissochet og Legal anser på sin side at det EF-rettslige prinsippet om *legal certainty* inneholder fire forskjellige regler.¹²¹ Disse svarer delvis til skillene som Russel og Raimbault opererer med.

For det første legger de til grunn at *legal certainty* stiller et presisjonskrav, en "règle de certitude". Kravet gjelder sekundærrett, altså fellesskapsrettsakter i seg selv, og nasjonal lovgivning som gjennomfører sekundærrett. Dette er nøyaktig den samme normen som Fenger innledningsvis peker på. Forfatterne anser at regelen også i et visst monn kan utledes fra EF-traktatens artikkel 253. Formålet med regelen er særlig at private skal kunne forsikre seg om utstederens kompetanse, og at saksbehandlingsreglene er overholdt.¹²²

For det andre skiller forfatterne ut at *legal certainty* inneholder et homogenitetskrav når det gjelder anvendelsen av fellesskapsretten. Som grunnlag for dette peker de på domstolens eksklusive kompetanse. Både når det gjelder tolkning av fellesskapsrettsakter, og eksklusiv kompetanse til å prøve gyldigheten av slike rettsakter med rettsvirkning for og mot alle. Forfatterne hevder også at prinsippet på denne måten legitimerer domstolens og rettens tolkningsmetoder.¹²³

¹²⁰ Puissochet & Légal, Fenger, særlig kapittel 8, 2.2 og 9, 3.3

¹²¹ Puissochet & Legal, *Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, 2001. Jean-Pierre Puissochet er dommer ved EF-domstolen

¹²² Forfatterne henviser til sakene 325/85, T-115/94, C-325/91, C-30/89, 257/86 og innstillingen til C-377/98

¹²³ Forfatterne henviser til sakene 239/85, 1/91 (om EØS-avtalen), 314/85, 1/76, 10/77

Det kan diskuteres om det er behov for å skille dette fra det generelle presisjonskravet til gjennomføringslovgivning. Hensikten med et krav til presisjon når det gjelder gjennomføringslovgivning er vel nettopp rettshomogenitet.

Dette presisjonskravet skiller seg på vesentlige punkter fra presisjonskravet til nasjonal rett.

For det første er det i disse sakene tale om en konkret presisjonsnorm. Presisjonsnormen i slike tilfeller er fellesskapsrettsakten som skal gjennomføres. Problemstillingen er om en gitt fellesskapsrettsakt er gjennomført med tilstrekkelig presisjon. Slike saker gjelder alltid spørsmål om innholdet i en fellesskapsrettsakt og tolkingen av nasjonale gjennomføringsbestemmelser (eller fraværet av slike). Nasjonal rett tolkes, og vurderes i forhold til innholdet av relevant tolket fellesskapslovgivning. Dette har med andre ord klare forbindelser til spørsmålene rundt direkte virkning og statlig erstatningsansvar. Sakene er dermed svært forskjellige fra de øvrige som gjelder *legal certainty*. Det gjør at både overføringsverdien og potensialet for en relevant sammenligning er svært begrenset.

Der presisjonskravet anvendes i forhold til gjennomføringslovgivning kan det være god grunn til å unngå henvisningen til *legal certainty*, eller i det minste ikke legge særlig vekt på anvendelsen av begrepet. Nasjonal lovgivning, som gjennomfører fellesskapslovgivning korrekt, vil ikke være i strid med *legal certainty* når selve fellesskapsrettsakten er den konkrete normen for presisjonsnivået i gjennomføringslovgivningen.

Ved rettsakter, hvor staten er pliktsubjekt, vil fellesskapsnormen likevel få direkte virkning ved feilaktig eller manglende gjennomføring – forutsatt at de øvrige vilkår for direkte virkning er oppfylt.¹²⁴ Svikt i gjennomføringen vil dermed heller ha karakter av en "saksbehandlingsfeil" enn et materielt regelbrudd. Det er jo også slik at selve fellesskapsrettsakten (som er gjennomført i dette eksemplet) kan være i strid med *legal certainty*, dersom den ikke er utformet slik at private kan forutberegne sin rettsstilling.¹²⁵ Det er nettopp dette Schwarze behandler når han drøfter *legal certainty* i forhold til "Community legislative action".¹²⁶

Det kan hevdes at *legal certainty* i denne betydningen bare anvendes som en "merkelapp". For det er strengt tatt ikke behov for noe prinsipp for å beskrive at en medlemsstat ikke har oppfylt sin plikt til å gjennomføre sekundærlovgivning. Når et prinsipp om *legal certainty* på denne måten er "unødvendig" for å fastslå at en norm er

¹²⁴ Det vil si at fellesskapsrettsaken er tilstrekkelig presis og ubetinget. At rettsakten gir private rettigheter er en forutsetning for at problemstillingen reises i det hele tatt.

¹²⁵ Som f.eks. i C-17/03, *APX*

¹²⁶ Se ovenfor avsnitt 3.1, Schwarze, *European Administrative Law*, 1992, kapittel 6

brutt, kan man imidlertid spørre seg hvorfor domstolen henviser til prinsippet i slike saker. Jeg vil ikke gå nærmere inn på akkurat denne problemstillingen.

Når det gjelder presisjonskravet i forhold til de to siste kategoriene Fenger stiller opp – bestemmelsene om fri bevegelighet og fundamentale rettigheter – er det til forskjell fra ved gjennomføringslovgivning her snakk om en abstrakt presisjonsnorm. Det er innholdet av eller terskelen denne abstrakte normen stiller opp som er avgjørende for hvilke grenser EF-retten drar opp for skjønnsmessig kompetanse i nasjonal lovgivning på området for fri bevegelighet.

3.3 Forutberegnelighet

Niels Fenger understreker at *legal certainty* blant annet bygger på hensynet til "forudsigelighetsretssikkerhed".¹²⁷ Det er vel naturlig å oversette dette til rettsikkerhet gjennom forutberegnelighet på norsk. Russel og Raimbault tar samme utgangspunkt, idet de legger til grunn at *legal certainty* som rettslig prinsipp stammer fra kravet til *Rechtssicherheit* i tysk rett.¹²⁸ Hensynet til forutberegnelighet er et sentralt hensyn bak det tyske *Rechtssicherheitsprinzip*. Hensynet til forutberegnelighet går imidlertid lenger i tysk rett, siden det også omfatter vern om berettiget forventning eller *Vertrauensschutz*.¹²⁹ Forholdet mellom prinsippet om vern om berettiget forventning og *legal certainty* vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 3.4.

Det følger klart av domstolens praksis at forutberegnelighet er et sentralt element når det gjelder prinsippet om *legal certainty*. Dette gjelder både når prinsippet anvendes i forhold til nasjonal rett som direkte i forhold til fellesskapsretten. Man kan stille spørsmålet om hensynet til forutberegnelighet er et krav til nasjonal rett etter prinsippet om *legal certainty*, eller om forutberegnelighet er "bare" et hensyn bak eller formål med presisjonskravet.

I APX, hvor *legal certainty* anvendes i forhold til fellesskapsregler, legger domstolen til grunn at prinsippet

requires in particular that rules involving negative consequences for individuals should be clear and precise and their application predictable for those subject to them [...].¹³⁰

Domstolen legger tilsynelatende like stor vekt på hensynet til forutberegnelighet og "predictable application" som til presisjon. Domstolen formulerer ikke presisjonskravet som noen årsak til forutberegnelighet. Gjennom å bruke ordet "and" fremstår de alle som

¹²⁷ Fenger, kapittel 8, avsnitt 2.2 og kapittel 9, avsnitt 3.3

¹²⁸ Russel & Raimbault, ss. 95 flg.

¹²⁹ Russel & Raimbault, s. 100

¹³⁰ C-17/03, APX, dom av 07/06/2005, ennå ikke trykt i samlingen, avsnitt 80, min kursiv

sidestilte. Domstolen viser til dommen i *Van es Douane Agenten*. Denne saken gjaldt gyldigheten av et krav om toll på maisolje, ilagt etter kontroll hos saksøker. Vedtaket var en følge av endringer i fellesskapets tollnomenklaturer. Det var altså spørsmål om *legal certainty* i forhold til materielle fellesskapsbestemmelser. I denne dommen ble kravet til forutberegnelighet er formulert i strengere ordelag:¹³¹

[...] in particular that rules imposing charges on a taxpayer be *clear and precise so that he may be able to ascertain unequivocally what his rights and obligations are and take steps accordingly* [...].

Domstolens formulering i *Van es Douane Agenten*, jf. "so that", taler også for at forutberegnelighet ikke er et krav i seg selv, men formålet med presisjonskravet som følger av *legal certainty*. I begge sakene er *legal certainty* anvendt i forhold til fellesskapsrett og ikke nasjonal rett. Det er allikevel lite som taler for at det skulle være en forskjell på dette punkt mellom de to anvendelsesområdene for prinsippet.

Etter Østerrikes tiltredelse til unionen, ble det mot slutten av 1990-tallet reist en rekke saker om østerrikske konsesjonsordninger som gjaldt for kjøp av fast eiendom, altså nasjonal rett.¹³² Disse sakene ble også avgjort etter kapitalreglene, og spørsmålet om *legal certainty* i forhold til nasjonal rett kom på spissen. I *Salzmann* understreker generaladvokaten at

a prior authorisation scheme [...] must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the persons concerned, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily.¹³³

Han gjentar argumentasjonen som generaladvokat Geelhoed la for dagen i *Reisch*. Generaladvokat Légers konklusjon er, i tråd med domstolens formulering i *Konle* og *Scientologikirkens investeringsfond*, at

Where, [...], the specific, objective circumstances in which prior authorisation will be granted or refused cannot be determined, the Court has taken the view that *such lack of precision does not enable individuals to be apprised of the extent of their rights and obligations deriving from Article 56 [ex 73b] of the Treaty, so that such a scheme must be regarded as contrary to the principle of legal certainty*.¹³⁴

Saken ble som sagt avvist av domstolen fordi hovedsaken etter domstolens oppfatning ikke inneholdt noe grenseoverskridende element. Den tok dermed ikke stilling til

¹³¹ C-143/93 *Van Es Douane Agenten* ECR 1996 p. I-431, avsnitt 27, min kursiv

¹³² I rekkefølgen de ble avsagt: C-302/1997, *Konle*, 1999 p. I-3099, forente saker C-515/99, C-519/99 - C-524/99 og C-526/99 - C-540/99, *Reisch*, ECR 2002 p. I-2157, C-300/01, *Salzmann*, ECR 2003 p. I-4899, C-452/01, *Ospelt*, ECR 2003 p. I-9743. *Scientologikirkens investeringsfond* ble avsagt etter *Konle*.

¹³³ ECR 2003 p. I-4899, avsnitt 74, min kursiv

¹³⁴ ECR 2003 p. I-4899, avsnitt 75, min kursiv

realiteten i saken eller spørsmålet om *legal certainty*. Domstolen la imidlertid selv et identisk resonnement til grunn golden share-saken mot Portugal:¹³⁵

a scheme of prior administrative authorisation [...] must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned, [...]

Selv om domstolen ikke eksplisitt henviser til prinsippet om *legal certainty*, er argumentet det samme som i Légers forslag til avgjørelse. Domstolen knesetter altså et krav til at konsesjonsordninger er grunnet på objektive vilkår kjent på forhånd av de virksomhetene som er berørt av ordningen. Dommens ordlyd gir anvisning på to vilkår for at forutberegnelighet skal være ivaretatt. Det er for det første objektive kriterier – det vil si presisjonskravet – og for det andre et krav til publisitet.¹³⁶ Domstolen gjør imidlertid ikke mer enn å stille opp kravene, og dommen gir lite anvisning på det nærmere innholdet.

Dette reiser hovedsakelig tre spørsmål: For det første er det uklart hvor langt publisitetskravet strekker seg materielt. Det vil si hvor strenge krav til publisitet som følger av prinsippet om *legal certainty*. For det andre gir ikke dommen et klart svar på hvor langt kravet strekker seg personellt, altså hvilken personkrets som må kunne få kjennskap til kriteriene. For det tredje må det bringes klarhet i det innbyrdes forhold mellom presisjonskravet, krav til publisitet og forutberegnelighet.

Russel og Raimbault presenterer publisitetskravet sammen med kravet til rettslig prøvingsadgang.¹³⁷ Forbindelsen mellom disse to vil jeg komme nærmere tilbake til nedenfor i avsnitt 3.4.

Presisjonskravet, kravet til publisitet og forutberegnelighet står i et nært forhold til hverandre. Dette følger også av praksis både i forhold til nasjonal rett og i forhold til fellelesskapsrett, ettersom domstolen konsekvent nevner de i nær sagt samme åndedrag. Fornuften tilsier at presist utformede vilkår ikke kan gi tilstrekkelig vern for private uten at disse samme vilkårene er kjent. Forutberegnelighet forutsetter at denne kjennskapen kan gjøres på forhånd. Lovstoff må derfor være tilstrekkelig presist, og publisiteten tilstrekkelig ivaretatt for at private skal kunne være i stand til å forutberegne sin egen rettsstilling.

Eksempler på publisitetskrav finner man også i sekundærretten. Konsesjonsdirektivets artikkel 5 nr. 1 4. ledd stiller krav til at konsesjonsvilkårene er fastlagt og publisert i EF-tidende før søknadsfristen begynner å løpe. Denne bestemmelsen gjelder publisitet i forhold til delvis spesielle normer; regler som får anvendelse på kretsen av søkere og den som måtte vinne anbudsrunden. At slik tradisjonell kunngjøring anses tilfredsstillende for

¹³⁵ ECR 2002, p. I-4731, avsnitt 50, min kursiv

¹³⁶ Om presisjonskravet, se ovenfor avsnitt 3.2

¹³⁷ Russel & Raimbault, side 93

sekundærrettens vedkommende, taler for at kunngjøring som i norsk Lovtidend vil være tilstrekkelig.¹³⁸

Skillet mellom krav til publisitet av generelle normer og begrunnelsesplikten ved spesielle normer, altså enkeltvedtak, vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 3.5. Problemstillinger rundt kommunikasjon av lovstoff og konsesjonsvilkår vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 4.5.

Man kan imidlertid spørre seg om domstolen begrenser hensynet til forutberegnelighet til kun å gjelde parter i en sak. I *Kommisjonen mot Portugal* og *Salzmann* begrenset domstolen seg til henholdsvis "undertakings" og "persons concerned". I *APX* omtalte domstolen "[individuals] subject to [the rules]".

Den danske oversettelsen av forslaget til avgjørelse i *Salzmann* lyder "de berørte personer".¹³⁹ Det er imidlertid klart at andre enn bare konsesjonssøkeren selv kan være "berørt" av en konsesjonsordning. Et vedtak vil for eksempel omfatte eventuelt konkurrerende søkere. Konsesjoner kan ofte være et knapphetsgode, og konkurrerende søkere kan da ha interesse av å få prøvet lovligheten av en gitt konsesjon. Risikoen for at diskresjonær kompetanse kan skjule maktmisbruk, som Fenger har pekt på, kan særlig begrunne slik prøvingsadgang.¹⁴⁰

Uttrykket "persons concerned" kan umiddelbart late til å innebære en større personkrets enn dommen i *APX* som lyder "[individuals] subject to". Spørsmålet er om forskjellen i ordlyd bærer bud om at hensynet til forutberegnelighet omfatter en videre personkrets i saker som gjelder nasjonal rett, som konsesjonsordninger. Forskjellene i domstolens formulering må imidlertid holdes opp mot at *legal certainty* er anvendt på to forskjellige rettsområder i de to sakene.

I sakene om nasjonal rett, som bruker uttrykkene "undertakings" og "persons concerned", gjelder saker der private er berørt av en nasjonal ordning som utgjør en restriksjon på den frie bevegelse. I *APX*, derimot, var det tale om et rettstilstanden på et harmonisert område, der privates rettigheter og plikter for såvidt saken gjaldt, fulgte av fellesskapsretten. Når domstolen taler om "[persons] subject to", bør dette ikke forstås snevrere, men som nøytralt å angi rettssubjekter innenfor anvendelsesområdet for reguleringen.

Kjernen i hensynet til forutberegnelighet er at private skal kunne være viss på sin egen rettsposisjon før rettsvirkninger vil kunne inntre. Dette kommer særlig sterkt til uttrykk i *Van es Douane Agenten* ovenfor, jf. "ascertain unequivocally what his rights and

¹³⁸ Kunngjøringsplikten omfatter for norsk vedkommende både lover og provisoriske anordninger (jf. lov av 19. juni 1969 nr. 53 om Norsk Lovtidend m.v. § 1) og forskrifter (jf. forvaltningsloven § 38)

¹³⁹ Sml. 2003 s. I-4899, avsnitt 74

¹⁴⁰ Se nedenfor avsnitt 3.5

obligations are". Når et privat rettssubjekt er part i en sak, vil gjerne rettsvirkningene allerede være et faktum. Kravet til at anvendelsen av reglene skal være forutberegnelig, må derfor innebære et krav til forutberegnelighet for både parter i en sak, og private rettssubjekter generelt.

Fenger anser at et av hensynene til grunn for prinsippet om *legal certainty* er å redusere faren for myndighetsmisbruk.¹⁴¹ Diskresjonære hjemler kan ses på som "tomme" hjemmelsbestemmelser og gir kompetent myndighet stor frihet i beslutningsprosessen. Slike vide eller uklart formulerte hjemmelsbestemmelser kan bidra til uvisshet om hvilket eller hvilke grunnlag en avgjørelse er fattet på. Private har dermed svekket mulighet til å angripe et vedtak i medhold av bestemmelsen på en skikkelig måte. Dette gjør det tilsvarende vanskelig for private rettssubjekter i ettertid å få en reell etterprøving av vedtaket.¹⁴² *Legal certainty* er på denne måten parallell til habilitetsregler. Når det gjelder hensynet til private rettssubjekter, tjener også habilitetsreglene til å redusere risikoen for at det tas utenforliggende hensyn i beslutningsprosessen.

Hensynet til å redusere fare for myndighetsmisbruk har kommet til uttrykk i domstolens praksis i blant annet saken *Reisch*.¹⁴³ Hovedsaken i *Reisch* gjaldt en konsesjonsordning hvor et vilkår for konsesjon var at eiendommen ikke skulle brukes til bygging av fritidsbolig. Formålet var å opprettholde bosettingsmønsteret. Generaladvokaten konkluderte med at det nasjonale kravet til forhåndsgodkjennelse var forholdsmessig. Ett av momentene han la vekt på var utformingen av bevistemaet når det gjaldt konsesjonsvilkårene. Den sentrale forskjellen i forhold til faktum i hovedsaken i *Konle* var utformingen av vilkårene for når konsesjonsplikt inntreffer, og bevisbyrdereglene ved vurderingen av om vilkårene for konsesjon er oppfylt. Hvor det i *Konle* var søkeren som måtte godtgjøre at eiendommen i fremtiden ikke ville bli brukt i strid med konsesjonsvilkårene, er det her konsesjonsmyndigheten selv som må godtgjøre at det foreligger "begrunnet tvil" om at søkeren vil nyttiggjøre seg eiendommen på måte som er i strid med konsesjonsvilkårene. Generaladvokat Geelhoed konkluderer derfor med at

[...] Only if there is justified doubt may the appropriate authorities decide to subject the acquisition of land to an authorisation procedure. *The requirement of justified doubt provides adequate guarantees for those concerned that the authorisation procedure will not be applied arbitrarily.*¹⁴⁴

Utformingen av bevisbyrdebestemmelsene motvirket etter generaladvokatens forstand at konsesjonsordningen kan bli anvendt på en vilkårlig måte. Argumentet ble også gjentatt

¹⁴¹ Se Fenger, side 450

¹⁴² Se nedenfor avsnitt 3.5

¹⁴³ Forente saker C-515/99, C-519/99 - C-524/99 og C-526/99 - C-540/99, *Reisch*, ECR 2002 p. I-2157

¹⁴⁴ ECR 2002 p. I-2157, avsnitt 130, min kursiv

av Geelhoed i *Salzmann*.¹⁴⁵ *Reisch* ble avgjort på grunnlag av proporsjonalitetsvurderingen, mens *Salzmann* som sagt ikke ble realitetsbehandlet. Domstolen har derfor ikke direkte uttalt seg om dette hensynet.

Uttrykket "arbitrarily" tilsvarer det norske vilkårlig. Ordet gir assosiasjoner til den norske myndighetsmisbrukslæren. Det er imidlertid klart at Geelhoed her ikke stiller opp noen ugyldighetsgrunn. Vilåret om "begrunnet tvil" gjaldt i denne saken vilkår for at det gjelder konsesjonsplikt. Vilkårighet gjelder dermed bestemmelsene som regulerer om konsesjonsplikten inntreffer. Dette må ses i forhold til den materielle rettigheten i saken, som er fri bevegelighet for kapital. Fravær av vilkårighet gjelder dermed spørsmålet om at private skal kunne regne med at denne retten gjelder uhindret og i sin fulle bredde.

Der utformingen av bevisregler blir funnet å være i strid med *legal certainty* er det imidlertid ikke presisjonskravet som gjør seg gjeldende. Utformingen av bevisreglene er ikke det samme som utformingen av materielle vilkårene for konsesjonsplikt eller konsesjonsvilkårene. Som nevnt anser domstolen at en slik utforming av bevisregler har samme effekt som diskresjonær kompetanse når det gjelder hensynet til forutberegnelighet. Som for restriksjonsbegrepet er det altså her tale om en ren virkningsbasert test – hva slags virkning den nasjonale ordningen har for private operatører når de skal utøve sin rett til fri bevegelighet.¹⁴⁶

Hensyn bak prinsippet om *legal certainty* kan gi anvisning på hvordan prinsippet bør tolkes, og hvilke regler som kan utledes av det. Likevel kan det være vanskelig å stille opp noe klart skille mellom et hensyn som begrunner prinsippet om *legal certainty*, og de materielle regler som følger av det.

Det er virkningene av klarhet og presisjon som er sentralt, nemlig forutberegnelighet. Dette følger også klart av EF-domstolens praksis når det gjelder prinsippet om *legal certainty* i forhold til nasjonal rett. Formålet med en rettsakt, det være seg en lovregel eller et vedtak, er å stifte rettighet eller plikt, eller angi kompetanse. Tekstens klarhet og presisjon, altså gjenstanden for presisjonskravet, har ikke noen egenverdi utover dette.

Spørsmålene i forhold til forutberegnelighetskravet er annerledes enn i forhold til presisjonskravet. Kravet til presisjon er en konkret norm som retter seg mot nasjonal rett. Forutberegnelighet er på sin side et formål. Man kan dermed ikke spørre etter en terskel for hvor forutberegnelig nasjonal rett skal være. Spørsmålet er som ovenfor hvor presis nasjonal rett må være for at hensynet til forutberegnelighet er godt nok ivaretatt. Presisjonskravet er dermed ett av midlene for å bidra til forutberegnelighet.

Hensynet til forutberegnelighet må derfor være styrende når det gjelder tolkingen av presisjonskravet, og fastleggelsen av terskelen for presisjonsnivå. Dette kan tale for at

¹⁴⁵ Se ovenfor, ECR 2003 p. I-4899, avsnitt 74

¹⁴⁶ Se ovenfor avsnitt 2.2

presisjonskravet kan være "elastisk", og tolkes ut fra den effekt et visst presisjonsnivå har for hvordan private kan forutberegne sin egen rettsstilling.

Adekvansprinsippet

EF-domstolen har til nå gitt analogisk anvendelse av *Keck* utenfor vareområdet svært begrenset rekkevidde. Noe som også gjelder nasjonale konsesjonsordninger.¹⁴⁷ Bull har på bakgrunn av domstolens praksis tatt til orde for at *Keck* er en del av et overordnet "adekvansprinsipp". Dette adekvansprinsippet er en mer generell presisering av restriksjonsbegrepet når det gjelder fri bevegelse for varer.¹⁴⁸

[...] Slik sett kan kanskje *Keck*-doktrinen beskrives som et partikulært og konkretisert utslag av et mer generelt adekvansprinsipp. [...]

På bakgrunn av de dommene som er tatt til inntekt for et adekvansprinsipp, kan det sies at de gir anvisning på en totalvurdering. Vendingen som ofte går igjen i disse dommene er at virkningene av et nasjonalt tiltak er for "usikre og indirekte til at kunne betraktes som en hindring i traktatens artikkel 30s forstand".¹⁴⁹

Det er mulig at den konkrete terskelen for hva som er en restriksjon – omfanget av restriksjonsbegrepet – er like høy (eller snarere lav) etter adekvansvurderingen som etter *Keck*. Spørsmålet er likevel om et slik adekvansprinsipp kan bidra på samme måte til *legal certainty* som *Keck*.

Både adekvansprinsippet og *Keck* er presiseringer av restriksjonsbegrepet. Dermed påvirker de skillet mellom fellesskapets og medlemsstatenes kompetanse og jurisdiksjon.

I juridisk teori har *Keck*-praksisen vært (og er) gjenstand for kritikk. Særlig har man kritisert hvordan domstolen stilte opp skillet mellom produktkrav og salgsformer og mangelen på et prinsipielt utformet skille mellom de to.¹⁵⁰ Skillet er likevel begrepsmessig klart. Denne omstendigheten kan sies å føre til større grad av klarhet om når reglene om fri bevegelse får anvendelse og en klarere kompetansefordeling mellom fellesskapsorganene og medlemsstatene. Denne domstolskapte regelen gir med andre ord større grad av forutberegnelighet for medlemsstatene når det gjelder deres kompetanse i forhold til fellesskapets. I hvor stor grad den gjør det vil jeg ikke gå inn på her.

Et fellestrekk ved normene som følger av prinsippet om *legal certainty*, er at de i første rekke gjelder forholdet mellom staten på den ene siden, og private rettssubjekter på den andre. *Keck*-praksisen, som avgrenser restriksjonsbegrepet, bidrar til å avklare grensen mellom fellesskapets og nasjonalstatenes kompetanse og jurisdiksjon. Når EF-domstolen har tolket restriksjonsbegrepet slik at det ikke omfatter visse typer nasjonale ordninger, innebærer det at medlemsstatenes kompetanse respekteres tilsvarende.

Legal certainty er som sagt et prinsipp som har til formål å verne rettighetene til private rettssubjekter. Derfor kan det sies at *Keck*-praksisen på vareområdet, og en eventuell utvidelse av den til andre regelsett om fri bevegelse, primært bare ville bidra til større grad av forutberegnelighet for medlemsstatene, og ikke for private. Spørsmålet er dermed om *Keck* er irrelevant i forhold til prinsippet om *legal certainty*, som gjelder forholdet mellom private rettssubjekter og staten.

Denne problemstillingen kan ses i sammenheng med spørsmålene om kompetansefordelingen i EU og subsidiaritetsprinsippet.¹⁵¹ Kompetansefordelingen mellom fellesskapet og medlemsstatene er et omfattende problemkompleks. Det strekker seg derfor utover rammene for min avhandling. Jeg vil likevel berøre det her, ettersom det er relevant for problemstillingen.

¹⁴⁷ Se ovenfor avsnitt 2.5

¹⁴⁸ Se Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital, import av finansielle tjenester*, side 497

¹⁴⁹ Se f. eks. C-44/98 BASF AG mot Deutschen Patentamts, Sml. 1999, s. I-6269, avsnitt 21

¹⁵⁰ Se bl.a. Craig & de Burca, side 567

¹⁵¹ Puissechot & Legal, *Le principe de sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, number 11. Jean-Pierre Puissechot er dommer ved EF-domstolen. Se også Weiler, *The Evolution of EU law*, side 371. EF-traktatens artikkel 5.

På dette punktet er det vesensforskjell mellom EF og EØS-samarbeidet. En av forutsetningene for inngåelsen av EØS-avtalen, fra EFTA-statenes side, var nettopp at det ikke skulle overføres lovgivningskompetanse. Å drøfte denne problemstillingen går imidlertid utover rammene for fremstillingen her.

En av årsakene til at kompetansefordelingen er et kontroversielt politisk spørsmål er den stadig dypere og mer omfattende integrasjonen EU-samarbeidet innebærer. Den har skjedd både ved traktatendringer, gjennom rettspraksis og gjennom sekundærrett. Selv om sekundærretten selvsagt er hjemlet i traktatbestemmelser, har den ikke noe direkte grunnlag i traktatene. Subsidiaritetsprinsippet har ikke – på langt nær – løst disse problemene. Den uklare kompetansefordelingen bidrar til en mindre oversiktlig rettslig situasjon for private rettssubjekter.

Generaladvokat Léger berører dette spørsmålet i sin andre innstilling til *Altmark Trans*.¹⁵² Saken gjaldt som nevnt statstøtte. En av problemstillingene var tolkingen av selve støttebegrepet i traktaten, ved støtte til bedrifter som yter offentlige tjenester av almen økonomisk interesse. Léger argumenterte for at spørsmålet om støtte måtte vurderes isolert, og at gjenytelsesspørsmålet i forbindelse med den offentlige tjenesteplikten så måtte vurderes for seg i forbindelse med unntaksreglen. En alternativ løsning var å operere med ett slikt brutto støttebegrep i vanlige tilfeller, og operere med et "netto" støttebegrep når det var tale om offentlig tjenesteplikt.

Konkurranseretten kan på flere punkter sammenlignes med reglene om fri bevegelighet. Begge rettsområder er sentrale for det indre marked. I tillegg kommer grensen mellom medlemsstatenes og fellesskapets kompetanse på spissen. Begge regelsett retter seg mot medlemsstaten som pliktsubjekt. Léger angriper kjernen av problemstillingen og understreker at¹⁵³

I believe, however, that such a solution risks creating serious problems in terms of legal certainty. Some State measures will be capable of falling under both concepts at the same time. [...]

It follows that, for measures of that kind, those concerned will all no longer be in a position to know whether the Treaty rules are applicable.

Member States will not be able to identify the measures which must be notified to the Commission. Nor will undertakings know whether they can rely on the lawfulness of the State financing. National courts too will have difficulty in knowing whether to apply the Court's case-law on the direct effect of Article 93(3) of the Treaty. The Commission, finally, will not be able to determine with certainty whether it can start a procedure against an instance of State financing.

Konsekvensen av uklar kompetansefordeling mellom medlemsstatenes og fellesskapet er ifølge Léger nødvendigvis usikkerhet for private rettssubjekter, altså "virksomhederne" på konkurranserettens område.

Presisjonskravet som følger av *legal certainty* omfatter to momenter: For det første å gjøre den materielle kompetansen klar, men også å gjøre det klart *hvem* som er kompetent. En klarere tolkning av selve restriksjonsbegrep ville bidra til større grad av forutberegnelighet når det gjelder jurisdiksjonsspørsmålet og personell kompetanse – og dermed bidra til forutberegnelighet for private rettssubjekter.

Når det gjelder adekvansprinsippet, er det i praksis vært utformet som et årsakskrav. En slik vurdering av forholdet mellom ordningen (årsaken) og dens virkning på samhandelen vil imidlertid være sammensatt. I enkelte tilfeller er det vel også en illusjon å kunne slutte noe gyldig om virkningene utover rene hypoteser.

¹⁵² C-280/00, *Altmark Trans*, ECR 2003 p. I-7747

¹⁵³ ECR 2003 p. I-7747, avsnitt 48, 50 – 51, min kursiv

For det andre vil vurderingen av hvor usikker og indirekte virkningene av en ordning er vil alltid være konkret.

Adekvansprinsippet kan derfor ikke i samme grad bidra til forutberegnelighet ved å stille opp begrepsmessig klare retningslinjer for grensen mellom fellesskapets og medlemsstatenes kompetanse.

3.4 Berettiget forventning og legal certainty

I juridisk litteratur er det bred enighet om at det finnes en tett forbindelse mellom prinsippet om *legal certainty* og prinsippet om vern av berettiget forventning.

Puissochet og Legal anser at *legal certainty* som EF-rettslig prinsipp inneholder fire forskjellige regler og disse et krav til at lovgivningen er stabil over tid.¹⁵⁴ Det vil si krav til at juridiske plikt-, rettighets- og kompetanseforhold til en viss grad er stabile over tid. Dette kravet setter for eksempel grenser for at sekundærrett gis tilbakevirkende kraft. Kravet gjør seg også gjeldende ved umiddelbar ikrafttredelse, og ved utsettelse av ikrafttredelse når det gjelder forordninger, direktiver eller beslutninger.¹⁵⁵ Det er også en skranke for fellesskapsorganenes omgjøringsadgang. Dette aspektet kjenner vi igjen i norsk forvaltningsrett når det gjelder forvaltningens ulovfestede omgjøringsadgang ved siden av forvaltningslovens § 35.¹⁵⁶ Schwarze, Russel og Raimbault legger også til grunn at de to prinsippene griper inn i hverandre.¹⁵⁷

I den sammenheng peker Russel og Raimbault på at det også historisk sett er det en svært nær sammenheng: Det tyske rettssikkerhetsprinsippet anses også for å inneholde et krav til vern om berettiget forventning.¹⁵⁸ Prinsippet om vern av berettiget forventning kan betraktes som et forsterket krav til forutberegnelighet.

Det er først og fremst to problemstillinger som er relevante når det gjelder forholdet mellom *legal certainty* og vern om berettiget forventning. For det første er spørsmålet hvordan de to prinsippene forholder seg til hverandre. Problemstillingen er med andre ord om man klart kan sondre mellom dem, og i så fall hvor grensen skal dras. For det andre er spørsmålet om den samme grensedragningen kan gjøres når prinsippet om *legal certainty* anvendes i forhold til nasjonal rett som når det anvendes i forhold til fellesskapsretten.

Den første problemstillingen, forholdet mellom vern av berettiget forventning og prinsippet om *legal certainty*, ble behandlet i blant andre saken *Duff*.¹⁵⁹ Dette var en prejudisiell avgjørelse, og hovedsaken gjaldt spørsmålet om gyldigheten av fellesskapsbestemmelser innenfor den felles landbrukspolitikken (CAP). Det var altså

¹⁵⁴ Se Puissochet & Legal

¹⁵⁵ Forfatterne henviser til sakene 44/81, 156/77, 234/83, 98-99/78, 70/83, 15/85, 61/79

¹⁵⁶ Se for eksempel Eckhoff /Smith ss. 275

¹⁵⁷ Se Schwarze ss. 938 flg., Russel & Raimbault, side 93

¹⁵⁸ Russel & Raimbault, side 100

¹⁵⁹ C-63/93, *Duff m.fl.*, ECR 1996, p. I-569

spørsmål om anvendelse av prinsippet om *legal certainty* og vern av berettiget forventning i forhold til fellesskapsrettsakter.

I sitt forslag til avgjørelse drøfter generaladvokat Cosmas forholdet mellom de to prinsippene på generelt grunnlag, under overskriften "The principles of legal certainty and of the protection of legitimate expectations".¹⁶⁰ Han tar utgangspunkt i det er en svært nær forbindelse mellom de to prinsippene, men la til grunn at det kan og må sondres mellom dem.¹⁶¹

the principle of legal certainty calls for clarity and accuracy in framing the rules of law, [...], which *at a given moment in time* constitute the legal framework within which the competences of the institutions are exercised and the activities of individuals are carried on.

Når det gjelder prinsippet om vern om berettiget forventning, anser han på den annen side at det

requires the Community legislature and the other Community organs (or the national authorities operating under provisions of Community law) to exercise their powers *over a period of time* in such a way that situations and relationships lawfully created under Community law are not affected in a manner which could not have been foreseen by a diligent person.

Ifølge Cosmas er den avgjørende forskjellen altså tidsaspektet for prinsippene. *Legal certainty* innebærer et presisjonskrav på et gitt tidspunkt. Prinsippet om vern om berettiget forventning innebærer på den annen side et krav til at fellesskapsmyndighetene og nasjonale myndigheter løpende må utøve sin kompetanse i overensstemmelse med privates berettigede forventning.

Når Cosmas velger en såpass generell tilnærming til prinsippet, må det sies at han forutsetningsvis anser *legal certainty* som et enhetlig prinsipp.

Han utdyper imidlertid ikke i særlig grad hva han legger i et slikt EF-rettslig legalitetsprinsipp. Man kan spørre seg om et slikt prinsipp kan sies å eksistere, og om det er behov for det ved siden av Fellesskapets uttømmende angitte kompetanse. Denne diskusjonen går imidlertid utenfor rammene av fremstillingen.

Når det gjaldt forholdet mellom de to prinsippene begrenset imidlertid domstolen seg til å si at:¹⁶²

That principle [of the protection of legitimate expectations], which is part of the Community legal order [...] is the corollary of the principle of legal certainty, [...].

Generaladvokatens argumentasjon blir dermed stående på egne ben. Ikke ble den avvist av domstolen, men domstolen fant heller ikke grunn til eksplisitt å ta til stilling den.

¹⁶⁰ ECR 1996 p. I-569, avsnitt 23

¹⁶¹ Samme, avsnitt 25

¹⁶² Samme, avsnitt 20, min kursiv

Dommens ordlyd belyser forholdet mellom de to prinsippene i svært begrenset omfang. Det man kan slutte fra det, er at domstolen anser prinsippet om berettiget forventning som en nødvendig følge av *legal certainty*. Det er jo også klart at uten et krav til *legal certainty* overfor fellesskapslovgiveren, som en skranke på lovgivningen, vil det ikke finnes noe reellt grunnlag for private å nære en berettiget forventning.

Prinsippet om vern av berettiget forventning har også en side til presisjonskravet. Den som har næret en berettiget forventning har ikke bare en forventning om regelens eksistens, men også regelens konkrete innhold. Presisjonskravet er dermed sentralt som grunnlag for å kunne gi private noen forventning om rettighetsposisjoner overhodet. Dette slektskapet illustrerer svært godt hvor problematisk *legal certainty* kan være som rettslig prinsipp.

Forutberegnelighet, som en følge av at en norm er tilstrekkelig klar, presis og at den er kjent på forhånd, har nær sammenheng med legalitetsprinsippet. Prinsippet om vern av berettiget forventning forutsetter imidlertid at lovverket er i et visst monn stabilt over tid.¹⁶³ Det sier seg selv at for rettssikkerheten er en klar og presis lovtekst fattig trøst dersom loven stadig endres. Også der endringen skjer til ny, men like klar regulering, gjelder det samme. En berettiget forventning som private måtte nære, vil gjelde deres egne rettigheter og plikter.¹⁶⁴ I visse tilfeller vil derfor vern av de berettiget forventning kunne føre til at det må gjøres unntak fra lovteksten. Det som for én er å få gjort sin berettigede forventning gjeldende, blir for andre unntak fra en gjeldende og tilsynelatende gyldig rettsakt, med andre ord en dom som formelt er *contra legem*.

Legalitetsprinsippet defineres gjerne "som en regel om at offentlige inngrep i borgernes rettssfære må ha hjemmel i lov".¹⁶⁵

Resultatet av vern av en berettiget forventning kan derfor virke som et unntak fra legalitetsprinsippet. For der det gjøres unntak fra formell lov for å gjøre en berettiget forventning "til lags" – uansett hvor berettiget forventningen måtte være – vil dette potensielt være tyngende for andre parter. Dette gjelder ikke bare der en mindre fordelaktig regulering legges til grunn enn den som formelt måtte følge av lovgivningen. I privatrettslige forhold vil gjerne det som er mer fordelaktig for én part være mindre fordelaktig for den andre. Et godt eksempel på dette er bestemmelser om forbrukervern, hvor byrdeforholdet i kontraktsforholdet i større grad er skjøvet over på yrkesselgerens side.

Dette kan på sin side bidra til rettslig usikkerhet for andre rettssubjekter. Puissochet og Légals beskrivelse av vern om berettiget forventning som en subjektiv side av *legal certainty* er treffende. Beskyttelsen av en individuell rettighet – på grunnlag av den berettigede forventningen vedkommende har – kan komme på tvers av en ny norm som også har beskyttelse av individuelle rettigheter som formål. Forholdet mellom individuelle interesser og almeninteressen kommer dermed på spissen i en konkret avveining. Domstolen kan da måtte gjøre et unntak fra legalitetsprinsippet ved å fravike den nye skrevne normen, som er i strid med den berettigede forventningen. Videre vil vern om berettiget forventning som regel åpne for at domstolens må utøve skjønn, noe som kan bidra til redusert forutberegnelighet.

Det er paradoksalt at to motstridende normer står så nærme hverandre og i visse tilfeller er ansett for å høre under samme prinsipp om *legal certainty*.

¹⁶³ Se Pollaud-Dulian, side 489

¹⁶⁴ Det går ut over rammene for denne fremstillingen å gjøre rede for hvilken rekkevidde prinsippet om vern av berettiget forventning har med hensyn til offentlig- og privatrettslige forhold

¹⁶⁵ Se Smith, *Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter*, TfR 1978 s. 655

Cosmas' utsagn om anvendelsesområdet for prinsippene er interessant og følger samme mønster Schwarze tidligere hadde beskrevet.¹⁶⁶ Generaladvokatens forslag går imidlertid på tvers av de skillene Schwarze stiller opp: Cosmas skiller ikke mellom generell og spesiell normering, jf. "the Community legislature and the other Community organs". Heller ikke skiller han mellom de tilfeller fellesskapet anvender fellesskapsretten, eller der medlemsstatene gjør det.

Puissochet og Légal understreker også selv det nære slektskapet mellom de to reglene og anser prinsippet om vern av berettiget forventning for å være en subjektiv side av *legal certainty*. De presenterer det imidlertid ikke eksplisitt som hørende under prinsippet om *legal certainty* og henviser til domstolens avgjørelse i forente saker *SNUPAT*.¹⁶⁷ Selv om han disposisjonsmessig gjør et skille, anerkjenner også Fenger det nære slektskapet som finnes mellom *legal certainty* og prinsippet om vern av berettiget forventning. Fenger beskriver nære forholdet mellom "*retssikkerhetsprinsippet og prinsippet om beskyttelsen af borgernes berettigede forventninger*".¹⁶⁸ Når det gjelder sammenhengen – og skillet – mellom *legal certainty* og prinsippet om vern av berettiget forventning henviser Fenger til generaladvokatens innstillingen i saken *Duff*.¹⁶⁹

Det kan også være vanskelig å se noen reell forskjell mellom stabilitetskravet Puissochet og Légal stiller opp, og prinsippet om vern av berettiget forventning. Selve forventningen retter seg jo nettopp mot at en viss rettstilstand – på nærmere vilkår – opprettholdes.

Spørsmålet er så om *legal certainty* kan avgrenses på en tilsvarende måte som Cosmas skisserer, når prinsippet anvendes i forhold til nasjonal rett. Det vil si om det er grunnlag for å si at det gjelder et slikt skille mellom *legal certainty* og prinsippet om vern av den berettigede forventning.

I sakene jeg har analysert, hvor *legal certainty* er blitt anvendt i forhold til nasjonal rett, har imidlertid ikke forholdet mellom dette og prinsippet om vern av berettiget forventning kommet på spissen. Det er ikke blitt omtalt i forslag til avgjørelser eller av domstolen selv.

En av årsakene til dette kan være at spørsmålet om grensen mellom *legal certainty* og vern om berettiget forventning ikke vil oppstå på samme måte i en sak hvor *legal certainty* anvendes i forhold til nasjonal rett.

En berettiget forventning (eller uberettiget for den del) vil normalt rette seg mot en rettighetsposisjon. I saker som er rent fellesskapsrettslige, vil både forventningen og

¹⁶⁶ Se ovenfor avsnitt 3.1, henholdsvis "direct executive action", "indirect executive action" og "Community legislative action".

¹⁶⁷ 42-49/59, S.N.U.P.A.T mot den Høye myndighet, ECR 1961 p. 53

¹⁶⁸ Se Fenger, side 581

¹⁶⁹ Se Fenger, side 582

kravet til *legal certainty* rette seg mot fellesskapsrettsakten. I en sak som gjelder en nasjonal restriksjon på den frie bevegelse, vil forventningen typisk rette seg mot innholdet i regelen om fri bevegelse, mens *legal certainty* som prinsipp er rettet mot nasjonal rett.

I de fleste saker blir også prinsippet om vern av den berettigede forventning påberopt som særskilt grunnlag. Domstolen anvender det som oftest også i forhold til fellesskapsretten separat fra prinsippet om *legal certainty*.

Problemstillingen om vilkårene er de samme for når en forventning kan anses berettiget og medføre rettsvirkninger i forhold til fellesskapsretten som i forhold til nasjonal rett er dermed ikke like relevant.

3.5 Rettslig prøvingsadgang

EF-domstolen har, ved anvendelsen av *legal certainty* i forhold til nasjonal rett, flere ganger slått fast at prinsippet stiller krav til rettslig prøvingsadgang. Det er hovedsakelig to grunner til at jeg har valgt et nøytralt uttrykk som rettslig prøvingsadgang. Det danske uttrykket "retsmidler" tilsvarer et allerede etablert begrep i norsk prosessrett som har et presist innhold. Uttrykk som klageadgang, kan på sin side tyde på at spørsmålet gjelder administrativ klageadgang.

Det er imidlertid et spørsmål kun administrativ klageadgang etter omstendighetene kan være nok til å oppfylle kravet til "legal remedy". Dette spørsmålet er særlig relevant tatt i betraktning de skranker som gjelder etter norsk rett for domstolenes prøvingskompetanse i forhold til forvaltningens skjønnsutøvelse.

I golden share-saken mot Portugal oppsummerte domstolen som følger når det gjelder diskresjonær kompetanse innenfor konsesjonsordninger:¹⁷⁰

a scheme of prior administrative authorisation [...] must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned, and all persons affected by a restrictive measure of that type must have a legal remedy available to them.

Domstolen gjentok dette ordrett i *Ospelt*, en av de siste sakene for EF-domstolen om østerrikske konsesjonsordninger for erverv av fast eiendom.¹⁷¹ Jeg har imidlertid ikke funnet eksempler fra rettspraksis der domstolen har stilt krav til rettslig prøvingsadgang der prinsippet om *legal certainty* er blitt anvendt i forhold til fellesskapsretten.

Dette reiser to problemstillinger. For det første er spørsmålet hva som kan forklare den tilsynelatende forskjellen mellom tilfeller der prinsippet stiller krav til rettslig

¹⁷⁰ ECR 2002, p. I-4731, avsnitt 50, min kursiv

¹⁷¹ Margarethe Ospelt, ECR 2003 p. I-9743, avsnitt 34

prøvingsadgang og ikke. For det andre er spørsmålet hvilke nærmere krav til nasjonal rett et krav om "legal remedy" innebærer.

Når det gjelder *legal certainty* i forhold til fellesskapsretten, har domstolen uttrykt seg gjennom formuleringer som vi så eksempel på i saken *APX* ovenfor.

Årsaken til at kravet om rettslig prøvingsadgang ikke er gjentatt i saker som gjelder nasjonal rett kan være den samme som når det gjelder prinsippet om berettiget forventning.¹⁷² Det vil si forskjellene som følger av at prinsippet anvendes innenfor forskjellige rettslige rammer.

Når domstolen anvender prinsippet direkte på fellesskapsretten, skjer anvendelsen innenfor det fellesskapsrettslige rettssystem. Prinsippet anvendes i slike saker i forhold til rettsakter som er vedtatt av fellesskapsorganer, som lovgiver ved sekundærrett eller som vedtaksorgan ved beslutninger. EF-domstolen opptre da i en tilsvarende rolle som nasjonale domstoler når de prøver grunnlovmessigheten av lover, eller lovmessigheten av offentlige vedtak. Der fellesskapsinstitusjoner er vedtaksorgan kan også beslutninger angripes direkte ved annulasjonssøksmål, og domstolen kan dermed prøve om vedtaket er ugyldig som følge av materielle feil eller saksbehandlingsfeil.

Dersom domstolen hadde stilt krav til prøvingsadgang etter fellesskapsretten, måtte det enten ha vært som en tolkning av gjeldende fellesskapsrettslige prosessuelle bestemmelser, eller som de lege ferenda-uttalelser om hvilke rettigheter slike bestemmelser burde inneholde. Uttalelsene ville også ha rettet seg mot bestemmelsene som regulerer domstolens egen kompetanse.

Når prinsippet anvendes i forhold til nasjonal rett har domstolen begrenset materiell kompetanse. Utsagnene i *Kommisjonen mot Portugal og Ospelt* bør derfor forstås med prinsippet om prosessuell autonomi for øye.¹⁷³ Med det mener jeg at domstolen ønsker å presisere hvordan privates rettigheter i medhold av fellesskapsretten må kunne håndheves innenfor medlemsstatenes rettssystem. Altså ser vi at de samme problemstillinger er aktuelle her som ved direkte virkning og statlig erstatningsansvar.

Ordlyden i avgjørelser hvor *legal certainty* er anvendt i forhold til nasjonale konsesjons-ordninger gir begrenset veiledning om hva kravet til "legal certainty" innebærer. De franske språkutgavene av *Kommisjonen mot Portugal og Ospelt* bruker ordet "voie de recours", i stedet for det engelske "legal remedy". På dansk er begrepet oversatt til "retsmidler".

Umiddelbart kan det franske begrepet synes videre enn både det engelske og danske. Det franske ordet "recours" er et prosessrettslig uttrykk. I fransk rett skilles det mellom

¹⁷² Se ovenfor avsnitt 3.4

¹⁷³ Domstolen har i fast praksis knesatt et prinsipp om prosessuell autonomi. Heller enn å være et prinsipp, beskriver dette begrepet at EF-samarbeidet ikke har til hensikt å harmonisere medlemsstatenes rettssystemer. Se f.eks. Craig & de Búrca, ss. 231 flg

"recours administratif" og "recours juridictionnel", som betyr henholdsvis administrativ klageadgang, og saksanlegg for en domstol. Utrykket "voies de recours" tilsvarer på sin side den norske prosessrettslige ordet rettsmidler.¹⁷⁴

Domstolen har knesatt at fellesskapsretten er autonom, slik at begrepenes fellesskapsrettslige innhold ikke nødvendigvis tilsvarer en nasjonal tolkning, selv om ordet måtte være språklig ekvivalent ut fra et semantisk synspunkt. Ettersom domstolen ikke har funnet grunn til å skille mellom "recours administratif" og "recours juridictionnel", og heller ikke presisere det siste, taler det for at også en administrativ klageadgang etter omstendighetene kan oppfylle kravet til "legal remedy".

I saken *Altmark Trans* presiserte domstolen at

it is particularly important, in order to satisfy the requirement of legal certainty, that individuals should have the benefit of a clear and precise legal situation enabling them to ascertain the full extent of their rights *and, where appropriate, to rely on them before the national courts* [...].¹⁷⁵

Hovedsaken gjaldt spørsmålet om en tysk offentlig finansieringsordning for kollektivtrafikk innebar ulovlig statsstøtte, og om ordningen var i strid med forordning EØF nr. 1191/69.

Prinsippet om *legal certainty* ble imidlertid ikke anvendt i forhold til fellesskapsrett: En av problemstillingene i saken var unntaksadgangen etter forordningens artikkel 1. Det var derfor skjæringspunktet mellom anvendelsesområdet for nasjonal rett og fellesskapsretten som var relevant i drøftingen. Sakene domstolen henviser til gjelder alle spørsmålet om korrekt gjennomføring av fellesskapsrett, og dermed på samme måte nasjonal rett.

Her er domstolen klar i sin tale om at private må ha adgang til rettslig prøving for domstoler, slik at de kan gjøre sine rettigheter i medhold av fellesskapsretten gjeldende. Saken gjaldt tolkningen av konkurransereglene. Det faktum at *Altmark Trans* ikke gjelder direkte traktatfestede rettigheter eller er fra området for de fire friheter, hindrer ikke at de samme grunnleggende hensyn gjør seg gjeldende.

Kravet til "legal remedy" har likhetstrekk med domstolens praksis når det gjelder direkte virkning, forrang og statlig erstatningsansvar. På disse områdene har domstolen også stilt krav til håndheving av fellesskapsrettigheter for nasjonale domstoler.¹⁷⁶ På disse områdene har domstolen stilt krav til nasjonale rettsmidler slik at private effektivt kan gjøre sine fellesskapsrettslige rettigheter gjeldende for nasjonale domstoler – altså et

¹⁷⁴ Dalloz, *Termes juridiques*

¹⁷⁵ C-280/00 *Altmark Trans GmbH*, ECR 2003 p. I-7747, avsnitt 59, min kursiv

¹⁷⁶ Se f.eks. Craig og de Búrca kapittel 5 – 7

krav til prøvingsadgang. I saken *Brasserie du Pêcheur*, uttalte domstolen følgende om dette kravet:¹⁷⁷

were the national court to find that the conditions for liability [...] are satisfied in this case, the State would have to make good the consequences of the damage caused within the framework of its domestic law on liability. Substantive and procedural conditions laid down by national law on reparation of damage are able to take account of the requirements of the principle of legal certainty.

Igen ser vi at domstolen legger vekt på *legal certainty* som prinsipp, og her gjelder dette domstolsadgangen. Domstolen presiserer kravene som følger av prinsippet når det gjelder håndheving av det statlige erstatningsansvar i påfølgende avsnitt:

[...] those conditions may not be less favourable than those relating to similar domestic claims and must not be such as in practice to make it impossible or excessively difficult to obtain reparation [...].

I rettslig litteratur kalles de to kravene domstolen stiller opp ekvivalens- og effektivitetsprinsippene.¹⁷⁸

Spørsmålet er om kravet til prøvingsadgang for nasjonale domstoler som følger av *legal certainty* er forskjellig alt etter om saken gjelder statlig erstatningsansvar som her, eller restriksjonsforbudet etter reglene om fri bevegelighet. Her vil jeg likevel bare skissere hvordan spørsmålet kan besvares.

Legal certainty som krav i forhold til restriksjoner på den frie bevegelighet gjelder privates rettigheter etter traktaten. Ved statlig erstatningsansvar følger den rettighetene etter omstendighetene av traktatene eller av sekundærretten. Begge områdene gjelder vern om privates rettigheter i medhold av fellesskapsretten. Dermed er de samme hensynene relevante, noe som også gjelder ekvivalens- og effektivitetsprinsippene.

Niels Fenger legger til grunn at kravet om rettslig prøvingsadgang er en del av *legal certainty*. Han understreker hvordan EF-domstolen har uttalt seg, når det gjelder reglene om fri bevegelighet om

at medlemsstaterne har plikt til å udforme regler, der begrenser den fri bevægelighed, på en sådan måde, at de erhvervsdrivende *og de nationale domstole kan kontrollere, at forvaltningen har anvendt objektive kriterier.*¹⁷⁹

Fenger formulerer presisjonskravet som en forutsetning for at nasjonale domstoler kan prøve om forvaltningen har lagt vekt på objektive vilkår. Man kan også spørre seg hvordan kravet til domstolsadgang stiller seg i forhold til de andre kravene som følger av *legal certainty*.

¹⁷⁷ Forente saker C-46, 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, ECR 1996, p. I-1029, avsnitt 98 - 99

¹⁷⁸ Se f.eks. Craig og de Búrca kapittel 6; særlig avsnitt 3 c og d

¹⁷⁹ Fenger side 450, min kursiv

Ovenfor så vi hvordan kravet til forutberegnelighet er et grunnleggende hensyn til grunn for presisjonskravet. Presisjonskravet innebærer at nasjonal rett i tilstrekkelig grad gi anvisning på objektive kriterier, og at offentlige myndigheter i tilstrekkelig grad må legge objektive kriterier til grunn for vedtak.¹⁸⁰

Effektiv adgang til domstolene og rettslig etterprøving av vedtak medvirker ikke direkte til forutberegnelighet. Dersom objektive kriterier følger av lovstoffet, og faktisk er lagt til grunn, er det selvsagt fattig trøst om man ikke kan angripe et vedtak man er uenig i. Men saksanlegg innebærer også en prosessrisiko. Når resultatet av en rettslig behandling ikke er sikkert, kan ikke domstolsadgang sies å bidra direkte til forutberegnelighet. Retten til rettslig prøvingsadgang er på denne måten en forutsetning for forutberegnelighet, men forutberegnelighet er ikke en nødvendig følge av slik prøvingsadgang.

Rettslig prøvingsadgang er derfor ingen erstatning for manglende presisjon, noe Fenger også peker på:¹⁸¹

[...] Domstolen [stiller] sig ikke uten videre tilfreds med forklaringer om, at tilfælde av magtfordreining vil kunne fanges opp ved en efterfølgende domstolskontrol; selve regelgrundlaget må udformes således, at det ikke fremkalder en unødvendig *risiko* for varetagelse av usaglige hensyn.

Lovstoffets presisjon må derfor ifølge Fenger på egne ben dermed medvirke til forutberegnelighet for private. Det at en rettsakt *i ettertid* kan påklages eller angripes rettslig medvirker ikke tilstrekkelig til forutberegnelighet for private. Det kan imidlertid diskuteres om domstolen virkelig anser at nasjonal rett er i strid med *legal certainty* bare der det foreligger en "unødvendig risiko" for at ikke bare objektive og på forhånd kjente kriterier legges til grunn. Å avgrense presisjonskravet i forhold til der det er slik "unødvendig" risiko gir inntrykk av at det må begrunnes særlig at manglende presisjonen i lovstoffet kan føre til myndighetsmisbruk.

Det er også svakt grunnlag i domstolens praksis for å hevde at en risiko for myndighetsmisbruk er et vilkår på egne ben. Slik jeg har forstått rettspraksis og domstolens argumentasjon, er det ikke avgjørende om vilkårlig anvendelse som følge av diskresjonær kompetanse innebærer noen slik risiko. Det relevante er at hjemmelens utforming fører til manglende forutberegnelighet for private rettssubjekter. Risikoen for myndighetsmisbruk og vilkårlighet er et hensyn som kan begrunne kravet til *legal certainty*, men det bør ikke anses som noe vilkår for at en rettsakt er i strid med prinsippet.

¹⁸⁰ Se ovenfor avsnitt 3.2

¹⁸¹ Fenger side 450 siste avsnitt

Lovstoffets presisjonsnivå er, som Fenger understreker, en forutsetning for effektiv rettslig prøvingsadgang. Hensynet til slik prøvingsadgang må derfor være et tungtveiende hensyn når det gjelder hvor strengt presisjonskravet må tolkes.

Presisjonskravet har som sagt en nær sammenheng med både kravet til publisitet og til begrunnelsesplikten. Presisjonskravet og krav til publisitet retter seg mot nasjonal rett – altså generelle normer. Begrunnelsesplikten på sin side retter seg mot vedtak, altså spesiell normering. Begge tjener samme formål; å sette domstolen i stand til effektivt å kunne overprøve lovgivning og enkeltvedtak. Dette kan tale for et fleksibelt presisjonskrav, ut fra hvilken hensikt det skal tjene. Begrunnelsesplikten er en selvstendig plikt. For fellesskapsorganene følger den direkte av traktatens artikkel 253. I norsk rett følger den av forvaltningslovens §§ 24 og 25. I enkeltvedtak vil det også alltid være tale om både vurdering av faktum og anvendelse av juss. Dette taler for at begrunnelsesplikten og presisjonskravet i denne sammenheng er strengere.

Det følger samtidig klart av ordlyden i domstolens avgjørelser på området at kravet til rettslig prøvingsadgang er et selvstendig materielt krav som følger av *legal certainty*. Vilkåret må forstås slik at det stiller krav til en rettslig prøvingsadgang for domstoler, og ikke bare en rent administrativ klageadgang.¹⁸² Kravet står dermed i en annen stilling enn hensynet til forutberegnelighet, som er noe både presisjonskravet og domstolsadgangen skal bidra til.

3.6 Forbud mot tilbakevirkning

APX anla sak fordi den tidligere monopolisten var innrømmet spesielle rettigheter til strømnettet for å kunne fullføre inngåtte kontraktsforpliktelser overfor utenlandske strømprodusenter.¹⁸³ Domstolens svar førte til at EL-direktivet fikk virkning på allerede inngåtte avtaler.¹⁸⁴ Derfor kunne det argumenteres for at liberaliseringen i regi av direktivet fikk tilbakevirkende kraft.

Her var det riktignok snakk om såkalt "uegentlig tilbakevirkning". Direktivet grep inn i en etablert rettigheter, og knyttet ikke nye byrder til en tidligere avsluttet handling.¹⁸⁵

I sin innstilling gjengir generaladvokaten ordrett fra dommen i saken *Bout*.¹⁸⁶ Han tar følgende utgangspunkt når det gjelder skranker for fellesskapsrettens tilbakevirkende kraft:¹⁸⁷

¹⁸² Den stilling norske særdomstoler som for eksempel Jordskifteretten måtte stå i behandles ikke.

¹⁸³ C-17/03, *APX*, dom av 07/06/2005, ennå ikke trykt i samlingen

¹⁸⁴ Direktiv 96/92/EF om felles regler for det indre marked for elektrisitet

¹⁸⁵ Om begrepet, se f.eks. Fleischer, Jussens Venner 1975, s. 183 – 251

¹⁸⁶ 21/81, *Straffesak mot Daniël Bout and BV I. Bout en Zonen*, ECR 1982 p. 381, avsnitt 13

[...] Directive 96/92 should, in any event, be construed in the light of the principles of *legal certainty and protection of legitimate expectations*. It is to be inferred from case-law, in particular, that 'substantive rules of Community law must be interpreted ... as applying to situations existing before their entry into force *only in so far as it clearly follows from their terms, objectives, or general scheme that such an effect must be given to them.*' [...]

EF-domstolen ordlegger seg ikke på samme måte, men tar stilling til spørsmålet på mer konkret grunnlag.¹⁸⁸ Domstolen henviste på dette punkt istedet til dommen i saken *Gemeente Leusden*.¹⁸⁹ *Gemeente Leusden* var en prejudisiell avgjørelse som gjaldt endringer av fradragsregler i sjette momsdirektiv (77/388/EØF). Dette var altså en avgjørelse hvor prinsippene om vern av berettiget forventning og *legal certainty* ble anvendt på fellesskapsretten. I et annet avsnitt enn det domstolen henviser til i *APX*, som var avsnitt 81, slo domstolen fast at

although in general the principle of legal certainty precludes a Community measure from taking effect from a point in time before its publication, it may exceptionally be otherwise where the purpose to be achieved so demands and where the legitimate expectations of those concerned are duly respected. That case-law also applies where the retroactivity is not expressly laid down by the measure itself but is the result of its content [...].¹⁹⁰

Saken *Bout* gjaldt gyldigheten av en rettsakt vedtatt i medhold av forordning (EØF) nr. 2527/80 (om fiskeriressurser).¹⁹¹ Selv om spørsmålet her hadde sitt opphav i fellesskapsrett som håndheves av medlemsstatene, gjaldt saken anvendelse av *legal certainty* i forhold til fellesskapsretten.

Det følger klart av ordlyden i *Bout* at prinsippene om *legal certainty* og vern om berettiget forventning ikke utgjør noe absolutt vern mot at fellesskapsrettsakter har tilbakevirkende kraft. Dette gjelder i alle fall for uegentlig tilbakevirkning. Prinsippene stiller imidlertid krav til presisjon når det gjelder fellesskapsrettsakter, slik at den tilbakevirkende effekten er forutberegnelig. Dette kravet kan imidlertid ikke etter dommens ordlyd sies å være særlig strengt. Domstolen stilte krav om at tilbakevirkningen må fremgå rettsaktens ordlyd, formål eller "general scheme", som alternative kilder.¹⁹²

Ordlyden i *Gemeente Leusden* er annerledes. Likevel ser man at de samme skrankene for tilbakevirkning går igjen: Ikke bare der det følger av rettsaktens ordlyd, men også der tilbakevirkningen er en følge av rettsaktens "content", vil tilbakevirkning være tillatt.

¹⁸⁷ C-17/03, avsnitt 64, min kursiv

¹⁸⁸ C-17/03, avsnitt 73 flg.

¹⁸⁹ Forente saker C-487/01 og C-7/02, *Gemeente Leusden and Holin Groep BV cs v Staatssecretaris van Financiën*, ECR 2004, p. I-5337

¹⁹⁰ ECR 2004, p. I-5337, avsnitt 59

¹⁹¹ 21/81, *Bout en Zonen BV*, ECR 1982 p. 381

¹⁹² ECR 1982 p. 381, avsnitt 13

I både *APX* og *Bout* anvender altså domstolen prinsippene direkte i forhold til fellesskapsretten for å stille opp – romslige – skranker for tilbakevirkende kraft. Spørsmålet er så om en tilsvarende skranke for tilbakevirkende virkning gjelder når *legal certainty* anvendes i forhold til nasjonal rett.

Jeg har ikke på samme måte funnet eksempler fra rettspraksis hvor domstolen har stilt opp en grense for tilbakevirkende kraft i saker hvor *legal certainty* er blitt anvendt i forhold til nasjonal rett.

Man kan spørre seg om de samme betraktninger er gyldige her som når det gjelder prinsippet om vern av berettiget forventning i forhold til nasjonal rett. For det første kan prinsippet om vern av den berettigede forventning betraktes som et forsterket tilbakevirkningsforbud.

For det andre får prinsippet om *legal certainty* i forhold til nasjonale konsesjonsordninger anvendelse gjennom reglene om fri bevegelse. Disse stiller opp, som vi så i kapittel 2 ovenfor, et vidtgående restriksjonsforbud, og en stringent proporsjonalitetstest. Det relevante i disse to vurderingene er den restriktive virkningen på samhandelen av disse nasjonale ordningene. Det kan være vanskelig å se for seg at grenser for tilbakevirkende kraft får noen selvstendig betydning ved siden av dette. Om en nasjonal ordning virker restriktivt kun for ettertiden, eller også med tilbakevirkende kraft vil for alle praktiske formål ikke endre noe ved ordningens karakter av å være en restriksjon på fri bevegelse. Man kan imidlertid se for seg at en eventuell tilbakevirkende kraft er relevant innenfor rammene av proporsjonalitetsvurderingen.

Endelig vil det også gjerne eksistere nasjonale grenser for tilbakevirkende kraft, slik tilfellet er for norsk retts vedkommende. Problemstillingen om *legal certainty* kan sies å innebære en skranke for nasjonal rett med tilbakevirkende kraft er dermed ikke aktuell.

3.7 Vektnormer

3.7.1 Generelle vektnormer

Ovenfor har vi sett at prinsippet om *legal certainty* inneholder flere forskjellige og individuelle normer, som for eksempel presisjonskrav, krav til forutberegnelighet og rettslig prøvingsadgang. I *APX* uttaler domstolen at prinsippet

requires in particular that rules involving negative consequences for individuals should be clear and precise and their application predictable for those subject to them [...].¹⁹³

¹⁹³ C-17/03, *APX*, dom av 07/06/2005, ennå ikke trykt i samlingen, avsnitt 80, min kursiv

Domstolen gir altså uttrykk for en vektnorm og at presisjonskravet får særlig vekt i forhold til regler som kan innebære negative følger for private rettssubjekter. Dommen gjelder som nevnt *legal certainty* i forhold til fellesskapsregler, nærmere bestemt EL-direktivet.

Domstolen henviste i *APX* til tidligere praksis på dette punktet. I én av sakene, *Irland mot Kommisjonen*, fikk denne vektnormen et enda klarere uttrykk.¹⁹⁴ Saken gjaldt som sagt gyldigheten av et kommisjonsvedtak om fiskerivern. Domstolen understreket at

legal certainty must be observed all the more strictly in the case of rules liable to entail financial consequences, in order that those concerned may know precisely the extent of the obligations which they impose on them.

Vi ser klart at domstolen åpner for en mer eller mindre intens prøving i lys av prinsippet, etter hvilke rettsvirkninger en rettslig regulering kan føre til. I begge disse sakene er *legal certainty* anvendt i forhold til fellesskapsretten. Spørsmålet er likevel ikke om denne og lignende vektnormer kan stilles opp der prinsippet får anvendelse i forhold til nasjonal rett.

"Negative følger" er et vidt uttrykk, og må selvsagt omfatte rettsvirkninger som har karakter av straff. Men når domstolen bruker et såpass forsiktig begrep som "negative" vil også andre, mindre inngripende rettsfølger være omfattet. I hovedsaken var det tale om at liberaliseringen av elmarkedet gjennom direktivets bestemmelser ville påføre den tidligere elektrisitetsmonopolisten økonomisk tap, når den ikke lenger ville kunne oppfylle en tidligere inngått avtale.

Domstolen har ikke direkte gitt uttrykk for noen vektnormer i de avgjørelsene hvor *legal certainty* er blitt anvendt i forhold til nasjonal rett gjennom reglene om fri bevegelse. Det er imidlertid flere momenter som taler for at prinsippet vil bli tillagt stor vekt når det anvendes i forhold til nasjonal rett som er en restriksjon på fri bevegelse.

For det første er det sikker rett at bestemmelsene om fri bevegelse hører til fellesskapets fundamentale rettigheter. Fenger anser også at domstolen legger større vekt på *legal certainty* gjennom reglene om fri bevegelse enn i forhold til "grundrettighetene", altså menneskerettighetene. Fenger henviser til domstolens avgjørelse i saken *Jokela* og konkluderer med at

Domstolens praksis vedrørende frihandelsreglerne går hermed væsentlig videre end dens praksis vedrørende retssikkerhetsprinsippet anvendelse etter grundrettighetene. Både ubestemtheden og forvaltningens skønsmargin var således mere udtalt i den ovennævnte *Jokela*-dom end de hjemmelsgrunnlag, som ble underkendt i de nævnte sager vedrørende Traktatens artikler 49 og 56. Samtidig anlegger Domstolen en strengere standard end de krav

¹⁹⁴ 325/85 *Irland mot Kommisjonen*, ECR 1987 p. 5041, avsnitt 18, min kursiv

til retsgrundlagets tilgjengelighet og forudsigelighed, som følger av Menneskerettigheds-konventionens artikkel 6.¹⁹⁵

Fenger drøfter dessverre ikke videre hva som kan være årsaken til en slik vektnorm. Det er imidlertid en vesensforskjell mellom det skillet Fenger stiller opp, og det relevante skillet for vektnormen domstolen stilte opp i *APX* og *Irland mot Kommisjonen*. Domstolen opererer uttrykkelig med et rent materielt skille, etter hva slags virkning de relevante bestemmelsene har for private rettssubjekter. Fenger, derimot, stiller opp et skille etter hvilket område prinsippet anvendes på. I forhold til menneskerettighetene får *legal certainty* anvendelse generelt på nasjonal rett, forutsatt selvsagt at spørsmålet faller under fellesskapets jurisdiksjon overhodet.¹⁹⁶

Fenger begrenser sin betraktning til kravene til presisjon, tilgjengelighet – det vil si publisitet – og forutberegnelighet. Som sagt, anser jeg i større grad kravet forutberegnelighet som selve formålet med kravene til presisjon og publisitet, enn som et materielt krav på egne ben. Det er vanskelig å formulere forutberegnelighet som i uttrykk som rett og plikt, ettersom begrepet hviler på at en rekke andre omstendigheter er oppfylt. Blant annet presisjon og publisitet. Jeg vil komme nærmere tilbake til publisitetskravet og problemstillinger rundt kommunikasjon av lovstoff nedenfor i avsnitt 4.4.

Det er som nevnt ovenfor i avsnitt 3.2 mer nærliggende å operere med et fleksibelt presisjonskrav, enn at de andre normene som følger av *legal certainty* kan anvendes etter et "jojo-prinsipp".¹⁹⁷

For det andre, vil nasjonal rett som utgjør en restriksjon på den fri bevegelse, også automatisk innebære "negative" konsekvenser for private. Det at nasjonal rett ikke er tilstrekkelig forutberegnelig innebærer ytterligere negative virkninger ved svekket forutberegnelighet. Dette taler for at *legal certainty* vil tillegges større vekt jo mer restriktiv en nasjonal ordning er på den frie bevegelse.

3.7.2 Spesielle vektnormer

Vi har sett hvordan EF-domstolen har unnlatt å sonde mellom *access restrictions* og *management restrictions* innenfor reglene om fri bevegelse for kapital, slik generaladvokaten gjorde i sin innstilling til golden share-sakene. Selv om domstolen i større grad kan sies å ha åpnet for en slik sonde på området for etableringsretten, er kravet til skjev virkning tolket så strengt at sonde får begrenset betydning i

¹⁹⁵ Fenger side 450, forente saker C-9/97, Jokela og Pitkäranta, ECR 1998 p. I-6267, Fenger side 451 – 452, han henviser til sakene Herczegfalvy mot Østerrike (24/09/1992) og Malone mot UK (02/08/1984) for Menneskerettighedsdomstolen (EMD)

¹⁹⁶ Forholdet mellom fellesskapsretten per se og menneskerettighetene vil jeg ikke gå nærmere inn på her.

¹⁹⁷ Om "jojo-prinsippet", se f.eks. Boe

praksis.¹⁹⁸ Det er derfor de lege lata svært lite rom for en slik lære vareområdet i forhold til nasjonale konsesjonsordninger utenfor.

Det er også slik at prinsippet om *legal certainty* får anvendelse for konsesjonsordninger i sin helhet, i den grad de utgjør en restriksjon på fri bevegelse. Likevel kan man spørre om skillet mellom *access restrictions* og *management restrictions* er relevant i forhold til den vekt prinsippet om *legal certainty* tillegges.

I innstillingene til golden share-sakene har generaladvokat Colomer ikke selv tatt til orde for at skillet er relevant når det gjelder prinsippet om *legal certainty*. Grunnen til det, er det vel trygt å anta, er at Colomer selv mente skillet burde være bestemmende for tolkningen av restriksjonsbegrepet, og i så fall ville ikke forholdet til *legal certainty* være problematisk.

Jeg vil ta utgangspunkt i det man kan kalle "tradisjonelle" konsesjonsordninger. Mestad definerer "konsesjonsreglar" som

grovt sagt ein lovregel som uttrykkeleg eller indirekte set forbod mot ei handling eller ein disposisjon og samstundes gjev offentlege styresmakter kompetanse til å tillate handlinga eller disposisjonen i enkelttilfelle.¹⁹⁹

Bare ordet "konsesjonsregler" innebærer en avgrensning til offentligrettslige ordninger. Dette begrepet er langt snevrere enn det vi så EF-domstolen legger til grunn når den vurderer nasjonale konsesjonsordninger i et restriksjonsperspektiv.²⁰⁰ Når jeg likevel velger å ta dette utgangspunktet, er det for å gjøre fremstillingen mer oversiktlig: En tradisjonell "konsesjonsregel" lar seg umiddelbart enklere bryte ned og inndeles etter begrepene *access restrictions* og *management restrictions*. Spørsmålet er hvordan disse to kategoriene kan plasseres i forhold til de forskjellige delene i en konsesjonsordning jeg har redegjort for i avsnitt 2.3 ovenfor; Det vil si i forhold til konsesjonsplikt, konsesjonsvilkår og tilhørende vilkår.

3.7.2.1 Konsesjonsplikt

Når det gjelder vilkår for at konsesjonsplikt inntreffer, tenker man kanskje ikke umiddelbart på dette hverken som en *access restriction* eller *management restriction*. Slike bestemmelser vil jo nettopp bare regulere om en handling eller disposisjon er underlagt nasjonal konsesjonsplikt, men ikke gi anvisning på når tillatelse kan eller skal innvilges eller avslås.

Colomer definerte *access restrictions* som

¹⁹⁸ Se ovenfor kapittel 2.5

¹⁹⁹ Ola Mestad, *Bruk og endring av konsesjonsvilkår*, side 1

²⁰⁰ Se ovenfor i kapittel 2.3

restrictions relating to the *acquiring or increasing of a holding in the capital* of a privatised company (access restrictions) [...]²⁰¹

Man kan si at utsagnet er noe tatt ut av sin sammenheng i forhold til konsesjonsordningen i *Scientologikirkens investeringsfond*, ettersom den faktiske bakgrunnen for golden share-sakene var annerledes. Forskjellen gjelder utformingen av konsesjonsordningen. Saksforholdet i *Scientologikirken* har det til felles med golden share-sakene at alle ble avgjort etter reglene om fri bevegelighet for kapital.

Stilt opp mot EF-domstolens vide tolkning av restriksjonsbegrepet, er det klart at også denne siden av en konsesjonsordning vil "hindre" eller "påvirke" utenlandske investorer, og dermed utgjøre en restriksjon på den frie bevegelighet både etter kapitalreglene og etableringsretten.²⁰²

Det er sikker rett at restriksjonsbegrepet omfatter ordninger som både faktisk påvirker og potensielt kan påvirke samhandelen. Uvisshet om ens rettslige stilling ved en kapitalbevegelse over landegrensene er i det minste en potensiell hindring, og derfor en *access restriction*.

Det er klart at uvisshet om det gjelder konsesjonsplikt, bidrar til en usikker rettsstilling for private. Dette er også slått fast av EF-domstolen, blant annet i saken *Scientologikirkens investeringsfond*. Som nevnt ovenfor stod hovedsaken her om fransk lovgivning som nedla konsesjonsplikt for alle utenlandske investeringer som innebar en trussel mot offentlig sikkerhet. Domstolen uttalte at

[...] Thus, the investors concerned are given no indication whatever as to the specific circumstances in which prior authorisation is required.²⁰³

Prinsippet om *legal certainty* får derfor anvendelse her med like stor tyngde som for konsesjonsordninger generelt.

3.7.2.2 Konsesjonsvilkår

Med konsesjonsvilkår mener jeg her vilkår for at konsesjon innvilges, uavhengig av om vilkårene er diskresjonære eller ikke.

I mange tilfeller vil det være vanskelig, eller umulig å trekke noen prinsipiell og klar grense mellom konsesjonsvilkår på den ene siden og tilhørende vilkår på den andre. Noen normer vil man kunne betrakte som konsesjonsvilkår, eller som etterfølgende vilkår som begrenser råderetten over den konsesjonspliktige eiendommen, eller begge deler. Her er

²⁰¹ ECR 2002 Page I-4731, avsnitt 20, min kursiv

²⁰² Se ovenfor avsnitt 2.5

²⁰³ C-54/99, *Association Église de Scientologie de Paris/Scientology International Reserves Trust mot Frankrike*, ECR 2000 p. I-1335, avsnitt 21, min kursiv

skillet først og fremst gjort på grunn av hensyn til fremstillingen. Tilhørende vilkår vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 4.3.

Som utgangspunkt kan det være nærliggende å anta at vilkårssiden av en konsesjonsordning først og fremst utgjør en *access restriction*. Vilkår for om en disposisjon tillates eller ikke, regulerer direkte adgangen til et marked. Ved avslag er jo også hindringen for markedsadgangen ikke bare potensiell, men faktisk.

I sin behandling av konsesjonsdirektivet, skiller Arnesen mellom relevante kriterier "for avgrensningen av kretsen av mottakerpretendenter" på den ene siden for "valget mellom kvalifiserte søkere" på den andre siden.²⁰⁴ Begge kategorier er utledet av direktivets artikkel 5 nr. 1. Disse to kategoriene må likevel sies begge å høre under begrepet konsesjonsvilkår slik jeg bruker det her. Avgrensning av kretsen av mottakerpretendenter og valg mellom søkere kan ses på som to sider av samme sak. Årsaken til skillet Arnesen har oppstilt er de to funksjonene tildelingskriteriene har:²⁰⁵

For det første skal de sikre at de som gis deltakerandeler er skikket til å gjennomføre virksomheten under en utvinningstillatelse. For det annet danner kriteriene grunnlaget for valget mellom flere kvalifiserte søkere.

Dette skillet er utledet av direktivets artikkel 5 nr. 1 bokstav d, som presiserer omfanget av relevante kriterier ved vurdering av to eller flere søknader som etter kriteriene fastlagt i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav a – c er står på likefot. Arnesen drøfter også om ikke artikkel 5 nr. 1 bokstav d like fullt må anses som en bestemmelse om "primære fordelingskriterier".²⁰⁶

Illustrerende eksempler på konsesjonsvilkår finner vi i de "tradisjonelle" konsesjonsordningene som ble vurdert av EF-domstolen i henholdsvis sakene *Konle* og *Reisch* mot Østerrike.²⁰⁷ Spørsmålet i hovedsakene var identisk, forsåvidt de gjaldt ordninger med ervervskonsesjon for fast eiendom var forenlig med bestemmelsene om fri bevegelighet for kapital.

Konsesjonsordningene var utformet et generelt forbud med individuell dispensasjonsadgang.²⁰⁸ Det var med andre ord tale om almen konsesjonsplikt. Problemstillingen som kom på spissen for EF-domstolen var *legal certainty* i forhold til konsesjonsvilkårene. Spørsmålet om *legal certainty* i forhold til selve konsesjonsplikten var da ikke relevant som i *Scientologikirkens investeringsfond*.

²⁰⁴ Arnesen, *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*, hhv. kapittel 10 og 11

²⁰⁵ Arnesen, side 110

²⁰⁶ Arnesen, side 133

²⁰⁷ C-302/97 *Klaus Konle v Austria* ECR 1999 p. I-3099, forente saker C-515/99, C-519/99 til C-524/99 og C-526/99 - C-540/99, *Hans Reisch m.fl.*, ECR 2002 p. I-2157

²⁰⁸ Se Mestad, ovenfor avsnitt 2.3

Felles for disse sakene om konsesjonsplikt for kjøp av fast eiendom var at konsesjonsvilkårene blant annet stilte opp forbud mot visse typer utnyttelse av eiendommen i fremtiden. Domstolen la vekt nettopp denne begrensningen i fremtidig bruk av eiendommen. Vilkår som er utformet på denne måten vil typisk både kunne betraktes som vilkår for å få konsesjon og tilhørende vilkår.²⁰⁹

Hensikten med slike vilkår er gjerne å beholde en viss offentlig kontroll med privat disposisjonsrett. Domstolen la avgjørende vekt på at bevistemaet var utformet på en slik måte, og konkluderte slik:²¹⁰

As to the first condition, it is *not possible for the person seeking authorisation to provide incontrovertible proof of the future use of the land to be acquired. The administrative authorities thus have, in determining the probative value of the information received, considerable latitude which is closely related to a discretionary power [...]*

Selve konsesjonsvilkåret var med andre ord klart nok: Konsesjon ble gitt på det vilkår at eiendommen ikke ville bli nyttet til fritidsbolig. Imidlertid vil det være slik at søkeren aldri vil kunne bevise utover enhver tvil at vilkårene vil bli etterlevd. Det vil alltid gjenstå et visst rom for tvil, som konsesjonssmyndigheten kan velge å legge vekt på i sin beslutning. Når domstolen legger slik avgjørende vekt på selve bevisregelen, innebærer det i praksis en svært vid tolking av hva når det kan sies å foreligge diskresjonær kompetanse. Det følger og klart av praksis at *legal certainty* anvendes med uforminsket vekt i forhold til slike konsesjonsvilkår.

3.7.2.3 Tilhørende vilkår

I forrige avsnitt kommenterte jeg den uklare grensen mellom konsesjonsvilkår og tilhørende vilkår. Hovedfokus for dette avsnittet er slike tilhørende vilkår, og hvordan prinsippet om *legal certainty* forholder seg til denne vilkårstypen. Generaladvokatens anvendelse av begrepet *management restrictions* må i første rekke sies å rette seg mot innflytelse kompetent myndighet har på selve innholdet i en konsesjon. I sin innstilling definerte han *management restrictions* som

restrictions which, by *granting public authorities powers to oversee the resolutions* adopted by the company bodies, have an effect on the very management of the company (management restrictions).²¹¹

Colomers definisjon må leses med det for øye at innstillingen gjelder golden share-ordninger. På grunn av deres privatrettslige "slagside" skiller disse sakene seg noe fra "klassiske", offentligrettslige konsesjonsordninger. Ordet "management" er vel nettopp

²⁰⁹ Se nedenfor avsnitt 3.7.2.3

²¹⁰ C-302/97, *Klaus Konle v Austria*, ECR 1999 p. I-3099, avsnitt 41, min kursiv

²¹¹ ECR 2002 Page I-4731, avsnitt 20, min kursiv

valgt med henblikk på at det var selve driften av selskapene restriksjonene gjaldt. Spørsmålet er imidlertid om det er noen kvalitativ forskjell som gjør at betraktningene som i disse sakene er mindre relevante eller uanvendelige i forhold til konsesjonsregler direkte i medhold av lov eller forskrift.

Generaladvokatens definisjon av *management restrictions* har klare likhetstrekk med hvordan Mestad bruker begrepet tilhørende vilkår.²¹² Mestad kritiserer Eckhoffs sontring mellom "forbehold ... som går ut på å begrense rekkevidden" av et vedtak, og forbehold som "består i at det knyttes plikter til et ellers begunstigende vedtak." Vilkårsbegrepet Mestad selv benytter er videre, og mer egnet innenfor rammen av denne fremstillingen. Han definerer tilhørende vilkår som

*føreseger som er fastsett i eit vedtak om konsesjonstildeling, omlag på same vis som uttrykket avtale- eller kontraktsvilkår blir brukt i kontraktsretten.*²¹³

Slike vilkår bestemmer med andre ord rettighets- og pliktposisjoner for konsesjonshaver, men ikke – direkte i alle fall – for konsesjonssøker. Ettersom det er restriksjoner på den frie bevegelse som er utgangspunktet for denne fremstillingen, er det pliktene pålagt konsesjonshaver som er relevante, og ikke eventuelle rettigheter vedkommende blir tilkjent. Slike rettigheter som gis konsesjonshaver vil imidlertid kunne rammes av andre EØS-rettslige regler, som for eksempel forbudet mot forskjellsbehandling eller statsstøtte-reglene.

Mestad deler slike tilhørende vilkår videre i to hovedkategorier. For det første gjelder det vilkår som regulerer faktiske handlinger. Den andre kategorien omfatter vilkår som regulerer juridiske disposisjoner, eller disposisjonsfriheten.

En slik sontring kan man selvsagt kritisere fordi skillet mellom faktiske handlinger og juridiske disposisjoner er ikke alltid er klinkende klart.²¹⁴ I et EØS-rettslig perspektiv er imidlertid dette irrelevant. Her er spørsmålet om en begrensning på den frie bevegelse er lovlig. Om det er en begrensning på rettslige disposisjoner eller faktiske handlinger spiller derfor ingen rolle.

Ovenfor i avsnitt 2.3 redegjorde jeg for spørsmålet om grensene for staten som plikt-subjekt etter fellesskapsretten. I golden share-saken mot Storbritannia, som gjaldt statens særaksje i BAA plc, anførte den britiske regjeringen at kravet til forhåndsgodkjennelse av visse disposisjoner fulgte av selskapsavtalen. Ettersom ordningen ikke fulgte av lov, men av en rent privat selskapsrettslig mekanisme, hevdet regjeringen at reglene om fri bevegelse ikke fikk anvendelse.

Domstolen avviste dette argumentet, og la vekt på at ordningen i saken ikke var en følge av

²¹² Se Mestad, ovenfor avsnitt 2.3

²¹³ Mestad, side 32 siste avsnitt, min kursiv

²¹⁴ Se f.eks. Smith, *Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter*

normal operation of company law. BAA's Articles of Association were to be approved by the Secretary of State pursuant to the Airports Act 1986 and that was what actually occurred. *In those circumstances, the Member State acted in this instance in its capacity as a public authority.*²¹⁵

Det er derfor klart at golden share-arrangementene som har vært oppe til behandling for domstolen er blitt ansett som offentlig myndighetsutøvelse i privatrettslig drakt. Hva resultatet måtte bli dersom en lignende ordning nettopp hadde vært resultatet av "normal operation of company law", eller hvor dette skillet skal trekkes, vil jeg ikke gå nærmere inn på her.

EF-domstolen har lagt til grunn et rent materielt konsesjonsbegrep.²¹⁶ Colomers betraktninger om forskjellige sider ved golden share-tilfellene bør dermed være like relevante i forhold til tradisjonelle forvaltningsrettslige ordninger, i den grad det i begge tilfeller er tale om offentlig myndighetsutøvelse.

Tilhørende vilkår må man, slik Mestad har gjort, dele i ytterligere to underkategorier. Han legger nemlig til grunn at det går et

hovudskilje mellom ulike vilkår [...] som direkte legg plikter på konsesjonshavaren og vilkår som gjev nokon kompetanse til å fastsetje plikter.²¹⁷

Denne siste kategorien er definert på samme grunnlag som Colomers definisjon av *management restrictions*: Det avgjørende er at vilkårene gir kompetanse til senere å fastsette nye plikter. Man kan sammenligne dette med omgjøringskompetanse med særlig hjemmel. Derfor kan denne vilkårstypen sidestilles med kategorien *management restrictions* – selvsagt kun i den grad de ikke er diskriminerende og finner anvendelse på alle handlende, som det heter i *Keck*.²¹⁸

Colomer bruker det relativt nøytrale verbet "oversee". Dette må man se i sammenheng med saksforholdet i de tre golden share-sakene innstillingen gjelder. I disse tilfellene gav særaksjene kompetanse både i form av en etterfølgende vetorett, og i form av et krav om forhåndsgodkjenning. Særaksjene i golden share-sakene gav en rett til å forby visse disposisjoner, eller kjenne de ugyldige med tilbakevirkende kraft. Jeg vil likevel hevde at det ikke er noen reell forskjell mellom det å kunne stille opp et nytt forbud, og det å stifte en ny plikt. Når selskapet blir nektet en disposisjon, kan man like gjerne betrakte dette som en plikt til å unnlate noe.

EF-domstolen har tilsynelatende ikke valgt en så finmasket tilnærming. Det gjelder både i forhold til restriksjonsbegrepet, og i forhold til kravet til rettsvisshet. Med unntak av saken mot Portugal gjaldt samtlige golden share-saker ordninger som gav kompetanse

²¹⁵ C-98/01, ECR 2003 p. I-4641, avsnitt 31, min kursiv

²¹⁶ Se ovenfor avsnitt 2.3

²¹⁷ Mestad, s. 33, min kursiv

²¹⁸ Se ovenfor avsnitt 2.4

til å fastsette nye plikter i fremtiden.²¹⁹ Selve formålet med en slik særaksje er jo å gi særaksjonæren kompetanse til å begrense selskapets disposisjonsfrihet i fremtiden.

Når det gjelder den første typen tilhørende vilkår, som direkte pålegger konsesjonshaver plikter, nevner Mestad som eksempel bo- og driveplikt ved kjøp av fast eiendom. Slike vilkår stilles allerede ved konsesjonsvedtaket og begrenser rettigheten som gis. Vilkårstypen finnes der en konsesjonsordning ikke bare gir kompetanse til å dispensere fra et forbud, men også å stille nærmere vilkår til det begunstigende vedtaket. Det er nærliggende å betrakte slike ordninger som en *access restriction* slik generaladvokat Colomer brukte uttrykket.

En bo- eller driveplikt som tilhørende vilkår ligner på mange måter de vilkårene som ble stilt for konsesjon i *Konle*, *Reisch* og *Salzmann*.²²⁰ I disse sakene var det som sagt et vilkår for konsesjon at eiendommene i fremtiden ikke ville brukes til fritidsbolig.

Toth anser dette vilkåret i *Konle* heller som en restriksjon på bruken av eiendommen enn som konsesjonsvilkår.²²¹ Han legger seg på linje med argumentasjonen til generaladvokat Geelhoed i innstilling til *Reisch*. Geelhoed gikk inn for at den nasjonale ordningen ikke burde prøves etter kapitalreglene, men etter tjenestereguleringene eller etableringsretten.²²²

The *Konle* case concerned similar legislation. The Court there [...] examined the Austrian legislation at issue solely in terms of the free movement of capital [...]. I do not consider the Court's decision to examine the compatibility of legislation that has a regional planning objective with the provisions on the free movement of capital to be an obvious choice. Such legislation, after all, touches equally - and even to a greater degree - on other freedoms emanating from the EC Treaty, such as the freedom to provide services, *since it seeks primarily to regulate the use of immovable property, not the capital transaction needed to acquire the immovable property*. [...]

Resonnementet er altså at et slikt vilkår ikke utgjør noen restriksjon på kapitalbevegelser, eller at ordningen bare har en indirekte virkning på fri bevegelighet for kapital. EF-domstolen var som sagt ikke enig i en slik analyse.

Det virker også kunstig å anse en begrensning i bruken av eiendommen, kun som et tilhørende vilkår. I disse sakene var det snakk om at søkere måtte godtgjøre en intensjon – om ikke å bygge fritidsbolig – for å få innvilget konsesjon. Slik disse konsesjonsordningene var utformet, var dette vilkåret både et konsesjonsvilkår og et tilhørende vilkår. Det må imidlertid være snakk om et tilhørende vilkår som direkte pålegger en plikt: Plikten til å unnlate bygging av eller bruk som fritidsbolig gjelder fra

²¹⁹ C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, ECR 2002 p. I-4731

²²⁰ C-302/1997, *Konle*, 1999 p. I-3099, forente saker C-515/99, C-519/99 - C-524/99 og C-526/99 - C-540/99, *Reisch*, ECR 2002 p. I-2157, C-300/01, *Salzmann*, ECR 2003 p. I-4899

²²¹ *The Oxford encyclopaedia of european community law*, volume II, s. 376, 1. avsnitt

²²² ECR 2002 p. I-2157, avsnitt 21, min kursiv

disposisjonen, altså overdragelsen, innvilges, og det gis ikke kompetanse til å stifte nye plikter.

Et renskåret eksempel på den andre kategorien, tilhørende vilkår som gir kompetanse til å stifte nye plikter, finner man i golden share-saken mot Frankrike.²²³

I denne saken kom riktignok også spørsmålet om skjønnsinnslag for konsesjonsvilkår på spissen, nemlig når det gjaldt et krav til konsesjon for kjøp av aksjer over en viss terskel i selskapet særaksjen var stiftet i. Det samme var tilfellet i sakene mot Portugal, Spania og Storbritannia.²²⁴ Saken mot Belgia gjaldt, som nevnt ovenfor i avsnitt 2.5, kun en etterfølgende vetorett i forhold til visse fremtidige disposisjoner.²²⁵ Jeg vil komme tilbake til forholdet mellom slik etterfølgende inngrepsadgang og krav til forhåndsgodkjennelse nedenfor i avsnitt 4.2.

Kommisjonen angrep franske bestemmelser som etablerte en særaksje for staten i oljeselskapet Elf-Aquitaine. Bestemmelsene stilte opp krav om forutgående godkjennelse fra finansministeren når det gjaldt salg av, eller bruk av datterselskaper for sikkerhetsstillelse. Det gjaldt meldeplikt for slike transaksjoner med en tilknyttet vetorett for særaksjonæren. Hvis veto retten ikke ble gjort gjeldende innen en viss periode, skulle godkjennelse anses for gitt. Domstolen la til grunn at

[...] Even though what is involved here is *not a system of prior authorisation but a system of opposition ex post facto*, it is common ground that *the exercise of that right is likewise not qualified by any condition limiting the wide discretion of the minister concerned* regarding controls on the identity of the holders of the assets of the subsidiary companies [...]²²⁶

Dette er med andre ord et tilhørende vilkår som gir kompetanse til å fastsette nye plikter. Offentlige myndigheter er gitt kompetanse til å forby disposisjoner, altså i fremtiden å kunne pålegge en plikt om å unnlate å gjøre visse avtaler. Sondringen mellom konsesjonsordning og en etterfølgende inngrepsadgang, som domstolen kommenterer her, vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 4.2. Det er imidlertid god grunn til å sette likhetstegn mellom et slikt vilkår og en *management restriction* på samme måte som når det gjelder krav til forhåndsgodkjenning av fremtidige disposisjoner.

Spørsmålet er så om denne sondringen er relevant når det gjelder kravet til rettsvisshet. Intuitivt vil man si at en varig rett til å fastsette nye plikter er mer problematisk i forhold til rettsvisshetskravet, enn kompetanse til å stille vilkår kun når konsesjonen innvilges. Det faktum at en fremtidig disposisjon potensielt kan nektes, bidrar til større usikkerhet enn en begrensning i disposisjonsfriheten som er vedtatt en gang for alle. Vilkår som er fastsatt direkte vil også være kjent idet konsesjonen

²²³ C-483/99, *Kommisjonen mot Frankrike*, ECR 2002 p. I-4781

²²⁴ C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, ECR 2002 p. I-4731, C-463/00, *Kommisjonen mot Spania*, ECR 2003 p. I-4581 og C-98/01, *Kommisjonen mot Storbritannia*, ECR 2003 p. I-4641

²²⁵ C-503/99, *Kommisjonen mot Belgia*, ECR 2002 p. I-4809

²²⁶ ECR 2002 p. I-4781, avsnitt 52, min kursiv

innvilges. Ved direkte vilkår vil dermed hensynet til forutberegnelighet kunne være bedre ivare tatt.

Om mulige direkte vilkår er kjent på forhånd ved en konsesjonsordning som gir hjemmel til å fastsette plikter direkte vil variere etter ordningens utforming. Det må likevel være klart at der konsesjonsmyndigheten har vid kompetanse til å fastsette direkte vilkår, vil det gå tilsvarende på tvers av rettsvitshetsprinsippet. I slike tilfeller vil søkeren stå i omtrent tilsvarende situasjon som i *Scientologikirken*, idet retten til fri bevegelse er begrenset på en uvis måte.

Saken mot Spania gjaldt også delvis en ordning med en særaksje tillagt etterfølgende vetorett.²²⁷ Den spanske regjeringen anførte at ordningen måtte anses som forenlig med fellesskapsretten, fordi ordningen var av samme type som i saken mot Belgia.²²⁸ Domstolen avviser dette:²²⁹

[...] Similarly, the administrative authority's power to intervene is not in this case, as it was in the case relating to the Kingdom of Belgium, subject to any condition fettering the authority's discretion. *The fact that it appears to be possible to bring legal proceedings against such decisions makes no difference to that finding, since neither the law nor the decrees at issue provide the national courts with sufficiently precise criteria to enable them to review the way in which the administrative authority exercises its discretion.*

Her legger altså domstolen særlig vekt på hensynet til rettslig prøvingsadgang. Som nevnt ovenfor i avsnitt 3.5 er dette et sentralt krav etter prinsippet om *legal certainty*. At domstolen eksplisitt henviser til *legal certainty* kun i forhold til kravet om forhåndsgodkjennelse for kjøp av aksjer i selskapene bør derfor ikke tillegges vekt.²³⁰

3.8 Oppsummering

Problemstillingen for dette kapitlet har vært hvilke krav prinsippet om *legal certainty* stiller til nasjonal rett og nasjonale konsesjonsordninger. Som fellesskapsrettslig prinsipp finner det anvendelse på forskjellige rettsområder og inneholder flere forskjellige normer.

Legal certainty får anvendelse innenfor svært heterogene rettsområder: For det første anvendes det i forhold til materiell fellesskapsrett. For det andre anvendes *legal certainty* i forhold til nasjonal rett, og det både gjennom reglene om fri bevegelse, og gjennom fellesskapets vern av menneskerettighetene. Disse skillelinjene kan forklare hvordan anvendelsen av prinsippet til tider kan fremstå som lite enhetlig, noen ganger endog med tilsynelatende motstridende innhold.

²²⁷ C-463/00, *Kommisjonen mot Spania*, ECR 2003 p. I-4581

²²⁸ C-503/99, *Kommisjonen mot Belgia*, ECR 2002 p. I-4809

²²⁹ ECR 2003 p. I-4581, avsnitt 79 if., min kursiv

²³⁰ ECR 2003 p. I-4581, avsnitt 74 – 75

Rettskildene gir likevel grunnlag for å trekke visse klare slutninger. Det uttrykk domstolen har gitt *legal certainty* taler for at prinsippet gir anvisning på et sett med faste vilkår, men at disse varierer etter hvilken relasjon prinsippet anvendes i. De vilkårene jeg har redegjort for er selvsagt ikke uttrykk for noen uttømmende liste over de krav som følger av prinsippet. Utvalget er gjort på bakgrunn av domstolens praksis, og de krav domstolen har lagt vekt på i sin anvendelse av *legal certainty* i forhold til fellesskapsretten og i forhold til nasjonal rett.

Når prinsippet anvendes i forhold til nasjonal rett stiller det i hovedsak 4 vilkår: presisjonskrav, krav til publisitet, forutberegnelighet og endelig et krav om rettslig prøvingsadgang.

Man kan ikke underslå at det er klare forskjeller mellom hvordan domstolen har formulert prinsippet om *legal certainty* når det er anvendt i forhold til fellesskapsretten og når det er anvendt i forhold til nasjonal rett. Det er imidlertid grunnleggende forskjeller mellom disse to anvendelsesområdene som tilsier at forskjellen gjelder form snarere enn prinsippets materielle innhold. De forskjellige uttrykkene prinsippet har fått i rettspraksis bør dermed ikke tolkes slik at *legal certainty* ikke utgjør et enhetlig prinsipp. Forskjellene er en virkning av de forskjellige rettslige sammenhengene prinsippet anvendes i.

Domstolen har understreket at *legal certainty* må anvendes med større tyngde i forhold til rettsakter som kan gripe inn i privates rettssfære med "negative" eller byrdefulle økonomiske virkninger. Domstolen har ikke har gjentatt dette eksplisitt i saker hvor den har anvendt *legal certainty* i forhold til nasjonal rett. Det er likevel lite som taler for at en lignende vektorm ikke gjør seg gjeldende på dette området.

Saker om restriksjoner på den frie bevegelse innenfor en EF-rettslig ramme reises alltid som et spørsmål om negative virkninger for private. Det er også sikker rett at bestemmelsene om fri bevegelse hører til privates fundamentale rettigheter etter fellesskapsretten. Som vi så i kapittel 2 ovenfor, har også EF-domstolen systematisk tolket hovedreglene vidt, og unntakene snevert. Ett resultat av denne tolkningsstilen er nettopp at det er trukket svært vide grenser for hva som anses å utgjøre en restriksjon på den frie bevegelse. Dette taler for at prinsippet om *legal certainty* ikke anvendes mindre strengt her enn på andre områder av fellesskapsretten.

Når det gjelder slike forskjeller i prøvingsintensitet kan det være illustrerende å trekke linjer til norsk rettspraksis på samme område etter Kløfta-saken.²³¹ Høyesterett la her til grunn at

[...] Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side

²³¹ Rt. 1976 s. 1

grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, [...], at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.²³²

Høyesterett gir klare signaler om at prøvingen av lovers, det vil si generelle normers, grunnlovsmessighet vil være mer eller mindre intens etter hvilket rettsområde man er på, og hvilken type rettigheter som står på spill. Dette kan sees som utslag av et proporsjonalitetsprinsipp snudd på hodet, slik at jo "høyere" den almene interessen er vurdert, jo svakere står det individuelle rettslige vernet.

Sammenligner man dette med EF-retten, må man ta som utgangspunkt at EF i første rekke er et økonomisk fellesskap, jf. EF-traktatens artikkel 2. Det er sikker rett at økonomiske rettigheter hører til fellesskapets grunnleggende verdier. De vil, slik domstolens og førsteinstansrettens praksis viser, nyte et sterkt rettslig vern. Dette kan forklare hvorfor EF-domstolen har lagt an en strengere standard for kravene etter *legal certainty* i saker om det indre marked, enn i saker som gjelder menneskerettighetene.²³³

Om man kan operere med en varierende vekting av *legal certainty* når det anvendes gjennom reglene om fri bevegelse er det lite rettskildemessig grunnlag for å si noe om. En slik fleksibel vektnorm er imidlertid svært lik den tradisjonelle proporsjonalitetsvurderingen som er lagt til grunn gjennom praksis på en rekke områder innenfor fellesskapsretten.

Det er lite grunnlag i EF-domstolens praksis for å hevde at den ser noen vesensforskjell mellom *access restrictions* på den ene siden og *management restrictions* på den andre når det gjelder prinsippet om *legal certainty*. Dette kan man se som en forlengelse av at domstolen i første omgang ikke har valgt å legge vekt på generaladvokatens forslag om å skille mellom *access* og *management restrictions* når det gjelder restriksjonsbegrepet. I saken mot Frankrike, ble den etterfølgende vetoretten underkjent innenfor rammen av proporsjonalitetsvurderingen. Det samme gjelder saken mot Spania.

På bakgrunn av disse sakene kan man hevde at betydningen av prinsippet om *legal certainty* til nå først og fremst har gjort seg gjeldende innenfor rammen av proporsjonalitetsvurderingen. Denne vurderingen vil alltid ha karakter av å være en "konkret helhetsvurdering", ettersom den alltid innebærer en avveining mellom den restriktive virkningen av et nasjonalt tiltak, og formålet tiltaket søker å oppnå. Dette kan føre til svekket forutberegnelighet når det gjelder rettstilstanden etter fellesskapsretten, og en uklar kompetansefordeling mellom medlemsstatenes og fellesskapets jurisdiksjon. Den uklare kompetansefordelingen må også sies å bidra også til redusert forutberegnelighet for private rettssubjekter.

²³² Rt. 1976 s. 1, side 5 – 6

²³³ Fenger, side 451

Det språklige utgangspunktet for *legal certainty* kan sies å være *sécurité juridique*. Arbeidsspråket i domstolene er fransk, og engelsk var ikke et offisielt språk i Fellesskapet før 1973. Uttrykket kan oversettes til norsk med rettssikkerhet, som tilsvarer oversettelsen i de danske språkversjonene, *rettssikkerhed*. Som nevnt ovenfor er det tyske utgangspunktet, *Rechtssicherheit*. Etter en naturlig språklig forståelse, ville nok en mer korrekt oversettelse av det franske uttrykket *sécurité juridique* være "rettslig sikkerhet" og ikke rettssikkerhet.

Det er imidlertid klare grenser for hvilke slutninger man kan trekke fra en rent språklig analyse av begrepet. Jeg vil uansett hevde at rettssikkerhet som begrep ikke er optimalt. Det er for det første et uklart begrep. Det sier også lite om de normene som følger av det EF-rettslige prinsippet om *legal certainty*.

Rettssikkerhet er et mye, noen vil kanskje si for mye, brukt begrep i norsk juss. Det er vel neppe en overdrivelse å si at begrepet etterhvert er blitt mer utvannet. En viktig grunn til det er at "rettssikkerhet" gjerne påberopes som argument med forskjellige valører.²³⁴

Jeg vil mene at uttrykket rettsvisshet er mer presist og bedre egnet til å dekke de vilkårene prinsippet om *legal certainty* stiller når det anvendes i forhold til nasjonal rett. Det vil si presisjonskravet, krav til forutberegnelighet, og endelig krav til prøvingsadgang.

Ordet er også i større grad egnet til å beskrive at rettsvisshetskravet ikke er en begrensning av nasjonal næringsregulering i seg. Prinsippet stiller ikke i så stor grad krav til "sikkerhet", som i materielle rettslige skranker, men "visshet", som i klarhet og forutberegnelighet. Prinsippet setter grenser for selve utformingen av nasjonal næringsregulering, og stiller krav til at private rettssubjekter kan få visshet om sin begrensede rett.

²³⁴ Se f.eks. Eckhoff/Smith, ss. 50

4 Alternative reguleringsmåter

4.1 Innledning

I de foregående avsnittene drøftet jeg skranker for diskresjonær kompetanse innenfor konsesjonsordninger. Det var med andre ord en negativ tilnærmingstype hvor problemstillingen var hva som er uforenlig med gjeldende EF-rett. For de neste avsnittene har jeg valgt en positiv tilnærmingstype. Spørsmålet er med andre ord hvilke alternative reguleringsmåter som står til EØS-statenes rådighet. Det vil si alternativer til konsesjonsordninger, som i større grad vil kunne være forenlig med rettsvitshetskravet.

Her er det på samme måte snakk om et todelt perspektiv. For det første et restriksjonsperspektiv og for det andre et rettsvitshetsperspektiv. Spørsmålet er for det første hvilke alternative reguleringsmåter som kan være forenlige med fellesskapsretten. For det andre er spørsmålet innenfor hvilke rammer diskresjonær kompetanse er forenlig med rettsvitshetsprinsippet.

Ovenfor så vi hvordan konsesjonsordninger i EF-retten vurderes utelukkende i et restriksjonsperspektiv, og at det er virkningene av et nasjonalt tiltak som er det relevante vurderingstema.²³⁵ I vurderingen av alternative reguleringsmåter til konsesjonsordninger, må man ta dette perspektivet inn over seg. Ettersom restriksjonsbegrepet er gitt en så vid tolkning av EF-domstolen, vil proporsjonalitetsvurderingen være helt sentral når det gjelder skranker for slike alternative reguleringsmåter. Det er derfor også nødvendig å drøfte slike proporsjonalitetsbetraktninger.

Teoretisk kan man se for seg flere alternativer til konsesjonsordninger. I sin drøfting av statlige styringsmuligheter i miljøspørsmål reiste Eckhoff noen prinsipielle spørsmål som kan være til hjelp her.²³⁶ Slike styringsmuligheter føyer seg inn i rammen av offentlig næringsregulering generelt. Eckhoff sonderer mellom informative, økonomiske og normative virkemidler. Her vil jeg begrense meg til normative virkemidler. Når det gjelder normative virkemidler, skiller han mellom generelle forbud og påbud, dispensasjoner og konsesjonsordninger og endelig forhandlinger og avtaler. Jeg har valgt en noe annerledes inndeling, ettersom det er alternativer til konsesjonsordninger jeg skal drøfte.

²³⁵ Se ovenfor avsnitt 2.3

²³⁶ Eckhoff, *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål*

Først vil jeg vil jeg drøfte det som kan anses som en variant av konsesjonsordninger, nemlig meldeplikt med etterfølgende inngrepsadgang. Deretter vil jeg se på avtaler mellom det offentlige og private parter, for så å drøfte generell næringsregulering som alternativ eller tillegg til konsesjonsordninger. Avslutningsvis vil jeg i avsnitt 4.5 drøfte om, og eventuelt i hvilken grad, upresis lovtekst kan presiseres gjennom andre rettskilder.

4.2 Meldeplikt og etterfølgende inngrepsadgang

EF-domstolen har lagt til grunn at en notifikasjonsordning etter omstendighetene kan bidra til økt forutberegnelighet, til forskjell fra et krav om forhåndsgodkjenning. Slik meldeplikt er gjerne kombinert med en etterfølgende inngrepsadgang. Uten slik adgang, vil en meldeplikt ikke være et særlig effektivt middel i næringsregulering, utover ren informasjonsinnhenting. Private ville da kunne stille myndighetene overfor et *fait accompli* som det ikke kunne gjøres stort ved. For å være et effektivt alternativ til en konsesjonsordning må meldeplikt være kombinert med en etterfølgende inngrepsadgang.

Når det gjelder statlig styring av petroleumssektoren, har Kaasen lagt til grunn at styring "innenfra"

kan også være mer effektiv enn den mer indirekte styring ved "det ytre konsesjonsverk".²³⁷

Den interne styring det er tale om her er statlig deltagelse gjennom avtaleverk og fremstilles her klart som et alternativ til tradisjonelle konsesjonsordninger. Blant fordelene med slik styring ser Kaasen at

Mulighet for statlig innflytelse på flere stadier gir også en øket fleksibilitet i styringen av virksomheten. Viktigst i denne sammenheng er at rammene for statens kompetanseutøvelse i de to relasjoner meget vel kan være forskjellige.

Denne formen for styring har mye til felles med ordningene i golden share-sakene. Særaksjene var nettopp statlig deltagelse som tok sikte på å sikre innflytelse over selskapenes disposisjoner gjennom blant annet vetorett. I tillegg til at rammene for kompetanseutøvelse kan være forskjellig innenfor de to forskjellige reguleringsformene understreker Kaasen at

Vel så viktig er det at staten ikke er tvunget til å treffe sine forholdsregler i form av rene forvaltningsvedtak som ledd i håndhevelse av konsesjonssystemet, med de bindinger dette innebærer mht. saksforberedelse og kompetanserammer. Beslutningene kan i stedet "privatiseres" ved at de fattes internt i rettighetshavergruppen via Statoil.

Arnesen anser at Kaasens observasjoner

²³⁷ Kaasen, side 409

har enn større gyldighet når staten ikke bare må holde seg innenfor ,[...] nasjonal rett, men også innenfor de rammer som følger av bestemmelser staten ikke har herredømme over, eksempelvis fellesskaps- eller EØS-retten.²³⁸

Spørsmålet om meldeplikt og etterfølgende inngrepsadgang, som alternative reguleringsmåter til konsesjonsordninger, reiser to hovedproblemstillinger. For det første er spørsmålet hvordan en ren meldeplikt, det vil si en informasjonsrett for offentlige myndigheter, stiller seg til på den ene siden restriksjonsforbudet, og på den andre siden rettsvitshetsprinsippet. For det andre er spørsmålet hvordan en inngrepsadgang, til forskjell fra en konsesjonsordning, stiller seg til restriksjonsforbudet på den ene siden, og rettsvitshetsprinsippet på den andre.

Når det gjelder en ren meldeplikt, har dette spørsmålet blitt reist for EF-domstolen i enkelte saker. I golden share-saken mot Frankrike la domstolen til grunn at en ordning med meldeplikt vil være mindre inngripende enn et krav til forhåndsgodkjennelse.²³⁹

such a scheme must be proportionate to the aim pursued, inasmuch as the same objective could not be attained by less restrictive measures, in particular a system of declarations *ex post facto* [...].

Hovedsaken i *Reisch* gjaldt to problemstillinger.²⁴⁰ For det første hadde flere private parter reist sak med påstand om at østerriksk krav om at en meldeplikt for kjøp av fast eiendom var i strid med EF-retten. For det andre var det spørsmål om et krav om forhåndsgodkjennelse for eiendomskjøp var i strid med EF-retten. Den siste problemstillingen var altså nær sagt identisk med den i hovedsaken i *Konle*.

Domstolens avgjørelse i *Reisch* er egnet til å kaste et klarere lys over hvilke krav rettsvitshetsprinsippet stiller til restriktiv nasjonal lovgivning, og særlig hvordan selve meldeplikten er relevant i vurderingen av om en ordning er forenlig med rettsvitshetsprinsippet. Når det gjaldt meldeplikten, legger domstolen til grunn at:²⁴¹

[...] That minimum requirement of prior notification has the advantage, unlike supervision procedures which are applied only a posteriori, of providing the acquirer of title with an element of legal certainty. [...]

Resonnementet er altså at meldeplikt for en disposisjon, også der den er i sammenheng med en konsesjonsplikt, bidrar til økt grad av forutberegnelighet for den private parten. I forslag til avgjørelse til *Ospelt*, tok generaladvokat Geelhoed utgangspunkt i nettopp dette resonnementet:²⁴²

²³⁸ Arnesen, side 237

²³⁹ C-483/99, avsnitt 46, min kursiv

²⁴⁰ Forente saker C-515/99, C-519/99 to C-524/99 og C-526/99 - C-540/99, *Hans Reisch m.fl.*, ECR 2002 p. I-2157

²⁴¹ ECR 2002 p. I-2157, avsnitt 36, min kursiv

²⁴² ECR 2003 p. I-9743, avsnitt 151 – 152, min kursiv

[...] As the Court states, *prior examination in respect of the acquisition of real property has the advantage over supervision procedures which are applied only a posteriori in that it provides the acquirer of title with an element of legal certainty*. Moreover, this may be better suited to preventing certain damage which is reparable only with difficulty. *Reisch and Others* concerned the danger of damage caused to regional planning by hastily completed building projects. [...]

I would go one step further. In respect of the acquisition of real property, prior formalities generally constitute, in my view, a less serious obstacle to the free movement of capital than *a posteriori* supervision procedures. The acquirer must be able to assume that he is able to enjoy peacefully the real property that he has acquired. [...]

Generaladvokaten legger altså vekt på at en forutgående meldeplikt bidrar til å gi private trygghet om at en disposisjon ikke vil bli nektet i ettertid. Vurderingen er gjort innenfor rammen av proporsjonalitetsvurderingen, og meldeplikten er stilt opp mot en etterfølgende inngrepsadgang fra myndighetenes side.

Domstolens konklusjon i golden share-sakene og sakene om konsesjonsplikt for eiendomsoverdragelser er tilsynelatende motstridende. Grunnen til dette må være at eiendomsoverdragelse gjerne kan medføre irreversible endringer, til forskjell fra de juridiske disposisjoner særaksjen i Elf-Aquitaine nedla konsesjonsplikt for. Dette taler for at en tilsvarende betraktning ikke vil ha samme vekt der det gjelder konsesjonsplikt for disposisjoner av en art som ikke medfører irreversible endringer, og hvor en ønskelig situasjon kan gjenopprettes gjennom etterfølgende inngrepsadgang uten urimelig stor innsats.

Det er klare grenser for hvilke situasjoner en meldeplikt kan være et fullgodt alternativ til en konsesjonsordning. Den sentrale forskjellen er at en konsesjonsordning innebærer en søknadsplikt. Meldeplikt vil kun være egnet der det er "meningen at tillatelse skal være en vanlig foreteelse".²⁴³ Det er også åpenbart at en meldeplikt ikke kan være noe alternativ "når det bare er et begrenset antall som kan gis adgang til å utøve en virksomhet, og når det er spesielt ønskelig å kunne utøve en vidtgående kontroll med virksomheten".²⁴⁴ Det vil si der tillatelse er et knapphetsgode, noe som gjerne er tilfelle ved større konsesjonsordninger om råvareutvinning, offentlig transport og lignende.

Når det gjelder etterfølgende inngrepsadgang som alternativ til en forutgående konsesjonsplikt, må det relevante spørsmålet rette seg mot virkningen av ordningen. Dette var tilfellet når det gjaldt proporsjonalitetsvurderingen som i *Ospelt*, og det samme må være relevant også i forhold til tolkningen av restriksjonsbegrepet. Spørsmålet er i hvilken grad en etterfølgende inngrepsadgang har tilsvarende virkninger for private rettssubjekter som en tradisjonell konsesjonsordning.

²⁴³ Eckhoff, *Statens styringsmuligheter*, side 68

²⁴⁴ Eckhoff, side 72

Den eneste frifinnende dommen i golden share-sakene kom i *Kommisjonen mot Belgia*.²⁴⁵ Statens særaksje i denne saken skilte seg fra den i de andre sakene på enkelte punkter. For det første la ordningen ingen begrensninger på kjøp av aksjer i selskapene hvor staten holdt en slik særaksje.²⁴⁶ Domstolen la avgjørende vekt – i proporsjonalitetsvurderingen riktignok – på at ordningen ikke stilte krav til forhåndsgodkjenning, men kun etablerte en vetorett for eieren av særaksjen over visse disposisjoner.²⁴⁷

Man kan imidlertid spørre om det er noen relevant grunn til å skille mellom et krav om forhåndsgodkjenning på den ene siden og en etterfølgende vetorett på den andre, med tanke på virkningen ordningen har for private rettssubjekter. Generaladvokaten kritiserer også dette i sitt forslag til avgjørelse sakene mot Spania og Storbritannia. Han tok utgangspunkt i at ordningen i saken mot Belgia og at det

*is by no means a question of pure ex post facto intervention of the kind which affects the validity of an act which is, of itself, effective. On the contrary, it is clear from the general scheme of the national legislation that, where neither the Minister nor the competent authority has responded within the period allowed, the disposal or agreement to transfer, although legally perfect, is ineffective. If that were not the case, it would be possible to circumvent administrative intervention by quickly selling on to a third party, against whom the special powers could not be used. Looked at from that perspective, the situation is comparable to a regime which subjects the same acts to prior administrative approval, which is deemed to be granted once a certain period has expired (positive administrative silence).*²⁴⁸

Colomer betrakter her problemstillingen fra et bredere stakeholder-perspektiv og tar utgangspunkt i rettsstillingen til tredjemann.²⁴⁹ Rettsvirkningen for tredjemann vil under de to forskjellige typer ordninger være nær sagt identisk. Tredjemann vil typisk være en potensiell investor i selskapet, eller en som inngår kontrakt med selskapet når kontrakten omfatter disposisjoner som er omfattet av vetoretten eller krav til forhåndsgodkjennelse. Den spanske regjeringen anførte til støtte for sine særaksjer, at de på samme måte som i saken mot Belgia kun gav en vetorett. Domstolen tok utgangspunkt i at saken mot Belgia gjaldt en vetorett, eller "ex post facto opposition", på samme måte som i *Reisch*, som den også henviser til. Like fullt avviser domstolen den spanske regjeringens argument.²⁵⁰

[...] Furthermore, a feature of the Belgian system was that it listed specifically the strategic assets concerned and the management decisions which could be challenged in any given case.

²⁴⁵ C-503/99, *Kommisjonen mot Belgia*, ECR 2002 p. I-4809

²⁴⁶ SNTC og Distrigaz

²⁴⁷ C-503/99 ECR 2002 p. I-4809, avsnitt 39

²⁴⁸ ECR 2003 Page I-4581, avsnitt 39, min kursiv

²⁴⁹ "Stakeholder" ble som begrep innført av Edward Freeman. I boken *Strategic management: a stakeholder approach*, Pitman, Boston 1984, definerer han begrepet som "any group or individual who can affect, or is affected by, the achievement of a corporation's purpose." (side vi).

²⁵⁰ C-563/00, *Kommisjonen mot Spania*, ECR 2003, p. I-4581, avsnitt 78, min kursiv

Finally, any intervention by the administrative authorities was strictly limited to cases in which the objectives of the energy policy were jeopardised. Any decision taken in that context had to be supported by a formal statement of reasons and was subject to an effective review by the courts.

Domstolen legger altså avgjørende vekt på at den belgiske statens særaksje begrenset aksjeholderens kompetanse på en klarere måte, både i tid og i forhold til spesifikke disposisjoner. En fellesskapsrettslig parallell finner man eksempel på i konsesjonsdirektivets artikkel 6 nr. 3, 3. og 4. avsnitt, hvor staten gis adgang til å nedlegge veto mot disposisjoner

which would not respect the conditions and requirements, specified in the authorization, regarding depletion policy and protection of the financial interests of the State.

The option to oppose a decision shall be exercised in a non-discriminatory manner, particularly regarding investment decisions and sources of supply of entities. [...]

Her ser vi at inngrepsadgangen er klart avgrenset gjennom generell regulering: Vetoretten er avhengig av brudd på tilhørende vilkår som er stilt gjennom konsesjonsvedtaket, likevel slik at kun visse kategorier tilhørende vilkår er relevante når det gjelder statens materielle kompetanse til å nedlegge veto. Spørsmålet om generell regulering som alternativ til konsesjonsordninger vil jeg komme tilbake til nedenfor i avsnitt 4.4.

At det er virkningen av ordningen som er avgjørende for etterfølgende inngrepsadgang som alternativ reguleringsmåte følger klart av saken *Burtscher mot Stauderer*.²⁵¹ Tvisten i hovedsaken ble også reist som en følge av endringer i østerriksk konsesjonslovgivning etter en rekke saker om slik lovgivning for EF-domstolen.²⁵² Fra å stille krav om konsesjon, altså forutgående godkjennelse, ble loven endret slik at den la ned en meldeplikt ved kjøp av fast eiendom. Formålet med meldeplikten var å motvirke at eiendommer blir brukt til fritidsbolig. Loven la ned et krav om melding innen to år etter overdragelse. Dersom fristen ble oversittet, ble overdragelsen kjent ugyldig med tilbakevirkende kraft.

Tvisten i hovedsaken stod mellom østerrikeren Ewald Burtscher og Josef Stauderer, hjemhørende i Tyskland. I 1975 hadde Stauderer inngått en todelt avtale om en eiendom i kommunen Sonntag i Østerrike med Burtschers foreldre. For det første hadde de inngått en uoppsigelig leieavtale hvor Stauderer var leietaker. For det andre ble det inngått en avtale om forkjøpsrett, slik at Stauderer kunne få kjøpe eiendommen for en fastsatt sum når lovgivningen tillot det. Da avtalene ble inngått var en slik overdragelse forbudt.

²⁵¹ C-213/04, *Burtscher mot Stauderer*, dom av 1.12.2005, ennå ikke trykt i samlingen

²⁵² C-302/1997, *Konle*, 1999 p. I-3099, forente saker C-515/99, C-519/99 - C-524/99 og C-526/99 - C-540/99, *Reisch*, ECR 2002 p. I-2157, C-300/01, *Salzmann*, ECR 2003 p. I-4899, C-452/01, *Ospelt*, ECR 2003 p. I-9743

I forbindelse med overføring av eiendommen på bortleiersiden, til Ewald Burtscher, la Sonntag kommune ned forbud mot at Stauderer kunne bruke eiendom som fritidsbolig. Kommunen anså at leieavtalen hadde samme virkning som et salg, og at leieavtalen var inngått for å omgå det daværende forbudet mot salg av fast eiendom til utlendinger. Stauderer påklaget vedtaket, men ble senere dømt til å fravike eiendommen. Domstolen konkluderer med at

that declaration, even though it does not affect the actual carrying out of the transaction, constitutes nevertheless a mandatory formality prior to legal registration of the contract of sale in the land register, which alone can guarantee the effectiveness of that contract with regard to the public authority and third parties. [...]

Such a declaration system, by its very purpose, therefore has the effect of restricting the free movement of capital (see, to that effect, regarding a prior notification/authorisation system for the acquisition of immovable property, *Reisch*, cited above, paragraph 32).²⁵³

Ved krav til forhåndsgodkjennelse vil tredjemann være i en uviss rettsstilling helt frem til godkjennelsen blir gitt eller et avslag er endelig. I tilfeller med inngrepsadgang vil tredjemanns rettsstilling være uviss helt frem retten gjøres gjeldende eller fristen for å gjøre vetoretten gjeldende går ut. Resultatet av begge typer ordninger utgjør begrensninger på disposisjonsfriheten.

To momenter var avgjørende for generaladvokat Geelhoeds vurdering i hans forslag til i *Reisch*:²⁵⁴

the *preventive examination* of the intended use of building land is not a disproportionate restriction of the freedom to provide services. *Such an examination is necessary if the aim of the legislation - to restrict the number of secondary residences - is to be achieved. National legislation such as this must, after all, effectively prevent irreparable harm from being caused to the interests which it seeks to protect.* Irreparable harm may be done, for example, as soon as the construction of secondary residences begins.

Han legger til grunn at kun en ordning med forhåndsgodkjennelse fullt ut kan verne mot de faktiske handlinger som kjøp av eiendom faktisk medfører. Domstolen gjentar dette i *Ospelt*:²⁵⁵

unlike supervision measures aimed at preventing construction of secondary residences after the transfer of building plots, which may be subsequent to the transaction without detracting from that objective (see, to that effect, *Reisch and Others*, cited above, paragraphs 37 to 39), national provisions [...] can achieve their objectives only if the agricultural use for which the plots were intended is not irretrievably impaired. In those circumstances, the very principle underlying a system of prior authorisation cannot be disputed. [...]

²⁵³ C-213/04, avsnitt 42 – 43

²⁵⁴ ECR 2002 p. I-2157, avsnitt 130, min kursiv

²⁵⁵ C-452/01, *Ospelt*, ECR 2003 p. I-9743, avsnitt 45

Bygging av en fritidsbolig eller bruksendring av landbruksområder, eksempelvis, kan innebære faktiske handlinger som kan være irreversible. Derfor kan det være av betydning om en ordning med inngrepsadgang søker å etablere eller beholde politisk kontroll over rettslige disposisjoner, eller om den gjelder faktiske handlinger. En rettslig disposisjon er i prinsippet alltid reversibel. Når det er sagt, kan selvsagt det at et vedtak eller at en avtale kjennes ugyldig påføre private parter stort tap.

Det følger ganske klart av disse avgjørelsene at skillet mellom konsesjonsordninger og meldeplikt med etterfølgende inngrepsadgang i all hovedsak er et proporsjonalitets-spørsmål. Dette forsterkes av det svært vide restriksjonsbegrepet domstolen har lagt til grunn utenfor vareområdet.²⁵⁶ Proporsjonalitetsvurderingen er alltid konkret, fordi den stiller egenskapene ved den restriktive ordningen opp mot formålet den søker å nå.

Vurderingen av en etterfølgende inngrepsadgang som alternativ til en konsesjonsordning er derfor avhengig av både omfanget av myndighetenes inngrepskompetanse og hva slags disposisjoner ordningen gjelder. Bare den omstendighet at næringsregulering er basert på etterfølgende inngrepsadgang, til fordel for en konsesjonsordning, bidrar ikke i seg selv til forutberegnelighet: Rettsuvissheten for private består i at hjemmelen til inngrep eksisterer, på samme måte som en hjemmel til å avslå en søknad eller stille vilkår eksisterer ved en tradisjonell konsesjonsordning.

Når det gjelder etterfølgende inngrepsadgang og forholdet til rettsuvisshetsprinsippet, kom dette spørsmålet på spissen i flere golden share-saker. Spørsmålet er om en slik inngrepsadgang i større grad er egnet til å ivareta kravene som følger av rettsuvisshetsprinsippet enn en konsesjonsordning.

Golden share-sakene gjaldt rådighetsbegrensninger av to forskjellige typer. For det første ordninger som stilte opp et krav til forhåndsgodkjenning for å kjøpe aksjer i de privatiserte selskapene. Det kunne enten være for alle erverv, eller når kjøpet brakte aksjeposten over en viss terskelverdi. For det andre omfattet sakene ordninger som medførte begrensninger på disposisjonsfriheten til selskapenes styre. Disse ordningene var i visse saker basert på krav til forhåndsgodkjennelse og i andre en etterfølgende vetorett over visse disposisjoner – og i noen saker en kombinasjon av begge. I saken mot Portugal var det imidlertid kun tale om den første typen ordning, nemlig et krav til forhåndsgodkjennelse ved aksjekjøp over en viss terskel.²⁵⁷

Saken mot Frankrike gjaldt statens særaksje i Elf-Aquitaine, og omfattet begge typer ordninger: For det første en konsesjonsordning som stilte krav til forhåndsgodkjennelse ved kjøp av aksjer i oljeselskapet. For det andre en vetorett i forhold til visse

²⁵⁶ Se ovenfor avsnitt 2.5

²⁵⁷ C-367/98 ECR 2002 p. I-4731

disposisjoner når det gjaldt driften av selskapet. I dommen mot Frankrike konkluderte domstolen som følger:²⁵⁸

[...] Even though what is involved here is not a system of prior authorisation but a system of opposition ex post facto, *it is common ground that the exercise of that right is likewise not qualified by any condition limiting the wide discretion of the minister concerned regarding controls on the identity of the holders of the assets of the subsidiary companies* [...]

Det følger klart av domstolens formulering at rettsvitshetsprinsippet gjelder med uforminsket vekt så lenge vetoretten er å anse som en restriksjon på fri bevegclighet. Skillet mellom en konsesjonsordning og en etterfølgende inngrepsadgang er derfor i all hovedsak et proporsjonalitetsspørsmål. Sett i sammenheng med EF-rettens restriksjonsperspektiv, som bygger på en ren virkningsanalyse, er det svært lite rom for hensynene til effektivitet og fleksibilitet Kaasen peker på: Statens styring av selskapene vil da betraktes kun med tanke på sin virkning på den frie bevegclighet, og underkastes de samme krav til proporsjonalitet og rettsvitshet.

En meldeplikt, som ikke er kombinert med en vetorett, vil derimot etter omstendighetene bidra til økt forutberegnelighet. Dette er imidlertid avhengig av hvilke virkninger som følger av brudd på meldeplikten. Der slike virkninger tilsvarer en vetorett, vil den samme proporsjonalitetsvurdering være avgjørende.

4.3 Avtaler

Avtaler mellom offentlige myndigheter og private rettssubjekter som erstatning for, eller som et tillegg til "klassisk" myndighetsutøvelse er blitt mer og mer vanlig.²⁵⁹ Eckhoff drøfter også avtaler som eget grunnlag for å stille vilkår.²⁶⁰ Avtaler har også vært brukt som et virkemiddel for statlig styring og næringsregulering, også innenfor rammen av konsesjonsordninger. Rent privatrettslige avtaler som offentlige myndigheter inngår med private parter vil for såvidt være uproblematiskc.

Det er i stor grad de samme effektivitetshensynene Kaasen påpekte i forhold til styring "innenfra", som blir ført i pennen til støtte for statlig styring gjennom avtalemekanismen.²⁶¹ I norsk rettslig litteratur har debatten om dette i stor grad dreid seg om hvorvidt slike avtaler reguleres av avtalerettslige eller forvaltningsrettslige regler, eller begge deler.²⁶²

²⁵⁸ ECR 2002 p. I-4781, avsnitt 52, min kursiv

²⁵⁹ Se f.eks. sluttrapporten fra Makt- og demokratiutredningen, NOU 2003:19, ss. 26 flg.

²⁶⁰ Eckhoff/Smith, side 381

²⁶¹ Se ovenfor avsnitt 4.2

²⁶² Eckhoff, *Statens styringsmuligheter*, side 72 – 73

I en EØS-rettslig ramme reiser avtalemekanismen som styringsmiddel hovedsakelig to problemstillinger. For det første må forhandlinger og avtaler ses i sammenheng med EF-rettens virkningsbaserte restriksjonsbegrep. For det andre må de ses i sammenheng med EF-rettens vide statsbegrep, når det gjelder staten som plikt- og ansvarssubjekt.

Golden share-saken mot Storbritannia illustrerer rekkevidden av dette faktum.²⁶³ Den britiske regjeringen anførte at særaksjen bare var et en privatrettslig selskapsavtale og ikke et offentlig tiltak. Domstolen fant imidlertid at

[...] The restrictions at issue do *not arise as the result of the normal operation of company law*. BAA's Articles of Association were to be approved by the Secretary of State pursuant to the Airports Act 1986 and that was what actually occurred. In those circumstances, *the Member State acted in this instance in its capacity as a public authority*.²⁶⁴

Selskapsavtalen var formelt en privatrettslig avtale, men særaksjen var etablert ved privatiseringen som skjedde gjennom en lovbestemmelse. Det samme må gjelde der en avtalen ikke har noen eksplisitt hjemmel i lov eller forskrift. Eckhoff peker på det faktum at

Det er i mange tilfelle ved å henvise til sine offentligrettslige maktmidler at myndighetene får private til å gå med på slike avtaler eller ordninger.²⁶⁵

I slike tilfeller er avtale er brukt som et "alternativt" hjemmelsgrunnlag for å pålegge private plikter. Ut fra et EF-rettslig perspektiv, hvor det er tiltakets virkning for private som er relevant, vil dette være likestilt med direkte myndighetsutøvelse.

Et slikt vidt tolket tiltaksbegrep får direkte konsekvenser for statenes handlefrihet. Det samme gjelder det EF-rettslige statsbegrepet. EF-domstolen har knesatt et vidt statsbegrep. Det omfatter ikke bare sentrale og lokale myndigheter, men også organisatorisk uavhengige enheter, når de utøver statsmyndighet. Et illustrerende eksempel på dette finner vi i saken *Foster mot British Gas*.²⁶⁶ Denne saken gjaldt spørsmålet om likestillingsdirektivet får direkte virkning, og ikke reglene om fri bevegelse. Like fullt var det tale om vern av privates rettigheter etter fellesskapsretten. De samme hensyn vil da være relevante i avgrensningen av statsbegrepet.

Avtaler, som et alternativ til typisk myndighetsutøvelse, vil derfor i samme grad måtte oppfylle vilkårene som følger av rettsvitshetsprinsippet. Det gjelder også avtaler inngått mellom private og organer med selvstendig juridisk status men som utøver offentlig myndighet. Man kan si at avtaler som alternative virkemidler til konsesjonsordninger reiser tre hovedspørsmål.

²⁶³ C-98/01, *Kommisjonen mot Storbritannia*, ECR 2003 p. I-4641, se ovenfor avsnitt 2.3

²⁶⁴ ECR 2003 p. I-4641, avsnitt 48, min kursiv

²⁶⁵ Eckhoff, side 73

²⁶⁶ C-188/89, *Foster m.fl. mot British Gas plc*, ECR 1990 p. I-3313, se ovenfor avsnitt 2.3

For det første gjelder det kriteriene for valg av medkontrahent. Avtalemekanismen gjør at forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler kan omgås. Dette kan føre til redusert publisitet og dermed til svekket forutberegnelighet. Redusert publisitet innebærer en risiko for myndighetsmisbruk, slik Fenger understreker.²⁶⁷ En slik iboende risiko for at det tas utenforliggende hensyn i valg av medkontrahent, i stedet for en åpnere vurdering gjennom et offentlig vedtak, medfører at slike avtaler står i et problematisk forhold til rettsvitshetsprinsippet.

For det andre reiser avtalemekanismen spørsmål om forholdet mellom medkontrahenten og konkurrerende pretendenter. Eckhoff legger vekt på at avtalemekanismen kan føre til at

myndighetene legger så stor vekt på de fordeler som oppnås gjennom avtalen, at andre hensyn av den grunn blir skjøvet til side. [...] Dertil kommer at bruken av avtaler som virkemiddel lett fører til at ressurssterke motparter som har verdifulle motytelser å tilby, blir favorisert på andres bekostning.²⁶⁸

Der avtalen gir den private parten et knapphetsgode vil også selve avtalemekanismen gjøre det vanskeligere for konkurrerende pretendenter å angripe myndighetsutøvelsen rettslig.

For det tredje er avtalemekanismen problematisk når det gjelder innholdet i kontraktsforholdet som opprettes mellom offentlige myndigheter og medkontrahenten. Eckhoff påpeker at avtalemekanismen kan være bedre egnet å tjene samfunnsmessige interesser enn ren myndighetsutøvelse.²⁶⁹

For man har ikke alltid hjemmel i lov til å påby det som anses ønskelig.

Private parter som har inngått avtale med det offentlige vil gjerne være såre fornøyd med innholdet i avtalen. Like fullt kan det være slik at avtalens resultat oppleves som urettmessig byrdefullt. Det vil også kunne reises spørsmål med hvordan plikter i medhold av avtale kan angripes rettslig av avtaleparten. Dette vil dermed kunne være uforenlig med kravet til rettslig prøvingsadgang.

De hensyn som gjerne føres til støtte for å bruke avtaler som et virkemiddel i næringsregulering – effektivitet og fleksibilitet – viser også at avtaler i desto større grad vil kunne stå i et vanskelig forhold til kravene som følger av rettsvitshetsprinsippet. Det at myndighetene bruker avtalemekanismen som erstatning for lovhjemmel vil i en EØS-rettslig sammenheng ikke medvirke til å unndra den faktiske myndighetsutøvelsen fra tradisjonell domstolskontroll. Etter EØS-retten er det virkningen av avtalen som er

²⁶⁷ Se ovenfor avsnitt 3.3

²⁶⁸ Eckhoff, side 74

²⁶⁹ Eckhoff, side 73

relevant, og i hvilken grad den går ut over de plikter som kan stiftes gjennom privat autonomi.

4.4 Generell næringsregulering

Mestad drøfter også spørsmålet om hensiktsmessigheten av alternative reguleringsmåter til konsesjonsordninger. Selv om han behandler spørsmålet innenfor rammen av norsk rett, er fremstillingen ikke uten interesse for spørsmålet i et EØS-rettslig perspektiv. Det mest nærliggende alternativet til en konsesjonsordning er at plikter vedtatt som tilhørende vilkår i stedet reguleres ved "generelle reglar i lov eller forskrift".²⁷⁰

EF-domstolen har knesatt kravet til rettsvisshet når det gjelder nasjonale konsesjonsordninger. Man kan stille seg spørsmålet om nasjonal regulering som er generell bare må oppfylle kravene til proporsjonalitet og ikke-diskriminering, dersom reguleringen forfølger et anerkjent formål.

I forhold til dette spørsmålet er det riktig å ta utgangspunkt i den typiske strukturen i en konsesjonsordning.²⁷¹ Konsesjonsordninger er utformet som et generelt forbud, med spesiell dispensasjonsadgang. Vilkårene for konsesjonsplikt, som forbyr disposisjonen, er dermed en generell normering. Det er bare selve konsesjonsvedtaket som utgjør spesiell normering. Rettsvisshetskravet retter seg dermed til utformingen av konsesjonsordninger både for såvidt den utgjør generell næringsregulering, og spesiell normering gjennom tilhørende vilkår.

Kommisjonen uttalte seg nylig om generell næringsregulering som alternativ til konsesjonsordninger i form av særaksjeordninger.²⁷² Under overskriften "Alternative public measures to safeguard the general interest" la kommisjonen til grunn at

Regulation of corporate activity in certain sectors is the most widely used instrument to safeguard the general interest and the public policy objectives. *Regulation has the merit of spelling out clearly the public policy obligations of the company or service provider.*²⁷³

Kommisjonen tar til orde for generell næringsregulering av visse sektorer som et alternativ til særaksjeordninger, altså konsesjonsordninger. Den sentrale begrunnelsen er som vi ser at generell regulering i større grad fører til at plikter fremstår klart for det private foretaket – altså rettsvisshet gjennom presisjon og forutberegnelighet. Det er diskutabelt om generell regulering i seg selv bidrar at den rettslige reguleringen er klarere enn gjennom konsesjonsordninger. Næringsregulering gjennom generell lovgivning kan i

²⁷⁰ Mestad, Bruk og endring av konsesjonsvilkår, side 37, siste avsnitt

²⁷¹ Se ovenfor avsnitt 2.3

²⁷² Special rights in privatised companies in the enlarged Union – a decade full of developments, Commission staff working document, 22.7.2005

²⁷³ Samme, avsnitt 1.1.3, side 7, min kursiv

like stor grad lide av vag og upresis lovtekst, både med hensyn til vilkår og rettsvirkninger. Den sentrale forskjellen er nettopp at generell næringsregulering er generell, slik at kompetansen til å stille vilkår som oftest må formuleres i mer generelle termer. Dette kan bidra til at private aktører lettere kan få klarhet i sin rettslige stilling på forhånd.

I et EØS-rettslig perspektiv er spørsmålet hvordan en slik endring påvirker stillingen til private rettssubjekter og kravet til rettsvisshet. Umiddelbart kan man tenke seg at generell regulering bidrar til større grad av forutberegnelighet for private rettssubjekter. Lover og forskrifter publiseres, til forskjell fra enkeltvedtak hvor innsyn er begrenset. Det er også vanskeligere å skaffe seg et bilde rettstilstanden gjennom forvaltnings- og rettspraksis.

Ved vurdering av generell regulering som alternativ til konsesjonsordninger, må man holde virkemidlet opp mot de forskjellige komponentene av en konsesjonsordning. Det generelle forbudet mot en aktivitet som hører til en konsesjonsordning – konsesjonsplikten – er utgangspunktet en generell norm. På dette punktet vil det altså ikke være noen forskjell.

Saken stiller seg annerledes når det gjelder konsesjonsvilkårene: På samme måte som en meldeplikt med etterfølgende inngrepsrett vil generell regulering bare være anvendelig der hovedregelen er å gi tillatelse til søkerne. Generell regulering alene vil ikke kunne anvendes der tillatelsen gjelder et knapphetsgode. Kommisjonen tar også til orde for en kombinasjon av generell regulering og konsesjonsordninger i samme avsnitt:

[...] Regulation can also be exercised within a concession system, where production conditions are laid down in the relevant legislation, as well as in the tendering conditions and the concession contracts, [...].

Med "*production conditions*" er det naturlig å forstå tilhørende vilkår, og da både vilkår som direkte pålegger plikter, og vilkår som gir kompetanse til å stifte nye plikter. Ved generell regulering er forutberegnelighet og rettsvisshet avhengig av presis lovgivning og kommunikasjon av lovstoffet.

En slik kombinasjon av generell regulering og konsesjonsordninger finner man eksempel på i oljedirektivet. Direktivet gjelder nettopp regulering av et knapphetsgode, og er basert på tildeling av konsesjoner. Like fullt er adgangen til å stille tilhørende vilkår generelt regulert i direktivets artikkel 6.²⁷⁴

En slik tosidig løsning vil kunne bidra til å ivareta rettsvisshetsprinsippet på en bedre måte, idet generell regulering i større grad vil være offentlig kjent på forhånd, og må utformes i mer generelle termer enn det en spesiell tillatelse kan. Private kan da i større grad sette seg inn i hvordan et område er regulert. Især gjelder dette den der en konsesjonsordning ville ha gitt kompetanse til å stille tilhørende vilkår, altså kompetanse

²⁷⁴ Se også ovenfor i avsnitt 4.2

til å forme innholdet i tillatelsen, eller endre den etter tid. En generell regulering av denne kompetansen vil bidra direkte til større grad av forutberegnelighet for private aktører.

Når det gjelder forholdet til restriksjonsforbudet, vil derfor generell regulering kunne være mindre restriktiv enn en konsesjonsordning og vil lettere kunne anses som en forholdsmessig restriksjon på fri bevegelse.

I golden share-saken mot Belgia uttalte domstolen at

introduction of rules precisely defining the standards required of undertakings in the sector concerned, as proposed by the Commission, *would appear to be even more restrictive than a right of opposition limited to specific situations.*²⁷⁵

Umiddelbart kan det se ut til at domstolen blankt avviser at generell reguleringer et bedre alternativ enn konsesjonsordninger i forhold til de kravene fellesskapsretten stiller. Likevel er det slik at domstolens betraktning er gjort innenfor rammen av proporsjonalitets-vurderingen. Argumentet bør derfor leses med det for øye at inngrepskompetansen her etter domstolens vurdering var strengt regulert og begrenset til spesifikke tilfeller.

4.5 Andre kilder til presisering enn lovtekst

Ovenfor presiserte jeg bevisst at fremstillingen gjelder kravet til rettsvisshet i forhold til nasjonal rett. Grunnen til det var å ikke foregripe spørsmålet om uklar eller diskresjonært utformet lovgivning kan "repareres" ved presisering i andre rettskilder. Presisering av en lovtekst vil, for norsk retts vedkommende, typisk kunne skje gjennom forarbeider, forskrifter, rundskriv, instruks, forvaltningspraksis eller rettspraksis. Spørsmålet er om en ordning, hvor hjemmelsbestemmelsen ikke er forenlig med rettsvisshetsprinsippet, likevel kan bringes i samsvar med fellesskapsretten ved en etterfølgende presisering gjennom andre rettskilder.

Denne problemstillingen har forbindelser til spørsmålet om publisitet når det gjelder lovstoff. Bekjentgjøring av lovstoff er sentralt når det gjelder hensynet til forutberegnelighet.²⁷⁶ Både Eckhoff og Mestad har drøftet problemstillinger rundt kommunikasjon av lovstoff overfor private rettssubjekter.²⁷⁷ Fremstillingene er rent nasjonalrettslige, men belyser likevel sentrale hensyn.

²⁷⁵ ECR 2002, p. I-4809, avsnitt 53, min kursiv

²⁷⁶ Se ovenfor avsnitt 3.3

²⁷⁷ Mestad, *Bruk og endring av konsesjonsvilkår*, Eckhoff, *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål*

Mestad peker på at privatpersoner og mindre foretak gjerne er mindre vant til å lese forskrifter, mens større næringsdrivende operatører vil "vere trente i å arbeide med generelle reguleringar for deira verksemd".²⁷⁸

Eckhoff tar som utgangspunkt at kvaliteten på slik kommunikasjon avhenger av forhold både hos avsender og mottaker. Han legger særlig vekt på forskjeller i mottaksevne for slik kommunikasjon hos ulike typer private rettssubjekter. Med mottaksevne mener Eckhoff at private både nås med informasjon om rettslig regulering, men også at de gis forståelse av hva den innebærer.²⁷⁹

Større bedrifter og organisasjoner har ofte et "godt utbygget mottagerapparat" slik at de kan skaffe seg kjennskap til rettslig regulering og sin egen rettsstilling.²⁸⁰ Til gjengjeld vil privatpersoner og små bedrifter stå i en vesentlig vanskeligere stilling og kan ofte være "lite mottaksføre". De vil ikke ha tilsvarende ressurser, hverken økonomisk eller faglig, til å skaffe seg et lignende kunnskapsnivå.

Større vanskeligheter med å få kjennskap til lovstoff taler for et godt rettslig vern for "mindre" rettssubjekter. Inngripende rettsvirkninger vil også kunne være ekstra byrdefulle for denne gruppen private. På den annen side vil gjerne store økonomiske verdier stå på spill for større bedrifter. Dette taler for at også denne kategorien private bør vernes rettslig. Det er også naturlig å anta at privates mottaksevne er vanskelig å påvirke i særlig grad. Eckhoff sier om norske tiltak for å bedre "vanlige folks kjennskap til lovstoffet" at

Hvilken virkning disse tiltakene har hatt, er det vanskelig å si noe sikkert om.²⁸¹

Det kan være at privates kjennskap til lovstoffet er vanskelig å påvirke i positiv retning. Utfordringen er desto større fordi "regelverket stadig vokser i omfang og kompleksitet".²⁸² Dette som Eckhoff sier om norsk rett gjelder neppe i mindre grad innenfor fellesskapsretten. Uansett vil det være svært vanskelig å kunne påvise og kvantifisere noen endring til det positive når det gjelder privates mottaksevne som kunne "reparere" sviktende publisitet.

De eneste objektive kriteriene for å vurdere hvor kvaliteten på kommunikasjon av lovstoffet befinner seg derfor på avsendersiden. Å fastslå at reguleringen medfører tilstrekkelig grad av forutberegnelighet må dermed gjøres gjennom en vurdering av bekjentgjøringen tilfredsstillende.

²⁷⁸ Mestad, side 39

²⁷⁹ Eckhoff, side 42

²⁸⁰ Eckhoff, side 36

²⁸¹ Eckhoff, side 38

²⁸² Eckhoff, side 39

Eckhoff legger vekt på at interesseorganisasjoner og forvaltningsorganer er "viktige mellomledd mellom lovgiverne og de enkeltpersoner som organisasjonene har som formål å støtte."²⁸³

Interesseorganisasjoner vil i denne sammenheng være en kooperativ innsats for å få klarhet i rettslig regulering, helt eller delvis finansiert av sine medlemmer. Det er lite som taler for at dette har noen vekt i et EF-rettslig lys. Staten i vid forstand er pliktsubjekt etter EF-retten. Det må derfor påhvile den alene å sørge for en tilstrekkelig bekjentgjøring av de normer den utsteder som utgjør en restriksjon på fri bevegelse.

Fenger drøfter spørsmålet om publisitet i sin behandling av prinsippet om vern av berettiget forventning.²⁸⁴ Som nevnt, er det et nært slektskap mellom dette prinsippet og *legal certainty*. Stilt overfor det Fenger kaller "tomme" hjemmelsbestemmelser i lov eller forskrift, er naturlig for private å rådføre seg med offentlige myndigheter for å få klarhet om sin egen rettsstilling. Svar på slike forespørsler gir opphav til forventninger som kan være mer eller mindre berettigede.

Tilsvarende lite taler for at en presisering gjennom offentlige myndigheters virke kan tillegges stor vekt. Selv om forvaltningen formelt er bundet av krav til saklighet og nøytralitet, kan den ikke på samme måte som en domstol anses for å være uavhengig. Det at rettsvisshetskravet i tillegg stiller vilkår til rettslig prøvingsadgang er også et relevant moment. Mangelfull bekjentgjøring av lovstoff stiller private i en dårligere stilling ved overprøving av om restriksjoner på den frie bevegelse er forenlig med fellelesskapsretten.

Private vil på denne måten også gjennom mangelfullt bekjentgjort eller upresis lovtekst gjøres avhengig av forvaltningen. Hensynet til forutberegnelighet er også dårlig ivaretatt når private settes i en slik stilling gjennom lovstoffet som staten gjennom EF-retten selv hefter for.

Krav til publisitet har nær sammenheng med presisjonskravet. Eckhoff sier også treffende at

Det finnes også regler som er enkle og lett forståelige, men som har et så ubestemt innhold at de av den grunn har vanskelig for å virke handlingsdirigerende.²⁸⁵

De to vilkårene befinner seg i et nær sagt symbiotisk forhold: Publisitet uten presisjon tilfredstiller rettsvisshetskravet i like liten grad som presisjon uten publisitet med tanke på formålet, som er forutberegnelighet for private rettssubjekter.

Jeg har ikke funnet eksempler på at domstolen har underkjent en nasjonal ordning som i strid med rettsvisshetskravet kun på grunn av manglende publisitet. EF-domstolen har

²⁸³ Eckhoff, side 37

²⁸⁴ Fenger, side 582

²⁸⁵ Eckhoff, side 43

like fullt uttalt seg om denne problemstillingen i flere saker, også når det spesifikt gjelder nasjonale konsesjonsordninger.

I golden share-saken mot Portugal, anførte den portugisiske regjeringen som forsvar at de omtvistede lovbestemmelsene "as a matter of policy" ikke fikk anvendelse mot fellesskapsborgere.²⁸⁶ I tillegg anførte den at de nasjonale bestemmelsene måtte *tolkes* slik at de ikke omfattet fellesskapsborgere, og at dette allerede fulgte av prinsippene om direkte virkning og forrang. Domstolen la til grunn at

the incompatibility of provisions of national law with provisions of the Treaty, even those directly applicable, can *be definitively eliminated only by means of binding domestic provisions having the same legal force as those which require to be amended.*²⁸⁷

Domstolens utgangspunkt er at dersom en nasjonal bestemmelse er i strid med fellesskapsretten, kan dette bare rettes gjennom en annen nasjonal bestemmelse av samme "legal force". Hva som nettopp ligger i kravet til samme "legal force" er avgjørende. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det stilles krav til at en slik ny bestemmelse er av samme rang. Domstolen fortsatte i samme avsnitt med å understreke at

Mere administrative practices, which by their nature are alterable at will by the authorities and are not given appropriate publicity, cannot be regarded as constituting the proper fulfilment of a Member State's obligations under the Treaty, since they maintain, for the persons concerned, a state of uncertainty as regards the extent of their rights as guaranteed by the Treaty [...].

I dette tilfellet anførte som sagt den portugisiske regjeringen at forvaltningspraksis var slik at bestemmelsene, til tross for sin utforming, ikke ble anvendt i strid med fellesskapsretten. Domstolen aksepterer ikke dette, og legger særlig vekt på at forvaltningspraksis er foranderlig, og at slik praksis ikke er gjenstand for tilstrekkelig publisitet.

Nå kan det sies at lovbestemmelser heller ikke uforanderlige. Med utgangspunkt i dommens ordlyd, er det imidlertid den omstendighet forvaltningen selv er i en posisjon til å endre sin praksis som er problematisk.

Domstolen kom til en tilsvarende konklusjon i saken *Kommisjonen mot Nederland*. Denne gjaldt gjennomføring av sekundærrett. Den nederlandske regjeringen anførte at nasjonal lovgivning ble tolket slik at den var i samsvar med direktivets bestemmelser. Domstolen imøtegår dette argumentet ved å si at

even where the settled case-law of a Member State *interprets the provisions of national law in a manner deemed to satisfy the requirements of a directive, that cannot achieve the clarity*

²⁸⁶ C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, ECR 2002 p. I-4731

²⁸⁷ ECR 2002 p. I-4731, avsnitt 41, min kursiv

and precision needed to meet the requirement of legal certainty. That, moreover, is particularly true in the field of consumer protection.²⁸⁸

Denne saken gjelder som sagt *legal certainty* som presisjonskrav til nasjonal gjennomførings-lovgivning, et anvendelsesområde for prinsippet som er svært forskjellig fra reglene om fri bevegelse.²⁸⁹ Direktivet gjelder imidlertid forbrukervern, og gir private rettigheter i medhold av fellesskapsretten. Det er dermed tilsvarende hensyn som gjør seg gjeldende her som i saker om restriksjoner på fri bevegelse.

Når det gjelder presisering gjennom forarbeider, kom dette spørsmålet på spissen i saken *Kommisjonen mot Danmark*.²⁹⁰ Denne saken gjaldt også gjennomføring av sekundærrett, nærmere bestemt likestillingsdirektivet.²⁹¹

Den danske regjeringen anførte at det i forarbeidene til gjennomføringsloven var gjort klart at ordlyden i loven "samme arbejde", skulle tolkes så vidt at det omfattet direktivets ordlyd "arbejde, som tillægges samme værdi". Domstolen avviste imidlertid dette, og uttalte at dette ikke

[...], er [...] tilstrækkelig til at sikre en hensigtsmæssig information af de berørte personer.²⁹²

Domstolen legger med andre ord avgjørende vekt på at forarbeider ikke er gjenstand for like god bekjentgjøring som lovstoff.

I saken *Jokela* kom imidlertid domstolen til et tilsynelatende diametralt motsatt resultat når det gjelder spørsmålet om presisjon av en lovbestemmelse gjennom etterfølgende forvaltningspraksis. Saken gjaldt støtte til landbruk i karrige strøk. Forordning EF nr. 2328/91 gav nasjonale myndigheter lov til å gi slik støtte, og å fastsette ytterligere vilkår for å yte støtten enn det som fulgte av fellesskapsretten. Finske myndigheter vedtok krav om boplikt, men et unntak fra kravet dersom eiendommen stod for minst halvparten av søkerens inntekt, og "særlige grunner" forelå. Saksøkerne anførte at dette kravet var i strid med prinsippet om *legal certainty* fordi det var upresist.

Domstolen tok som utgangspunkt

that lack of precision reflects the Finnish legislature's intention to provide the competent authority with an instrument flexible enough to enable it to resolve, after objective and complete examination of each case, particular problems which cannot be provided for in advance on account of their diversity.²⁹³

²⁸⁸ C-144/99 *Kommisjonen mot Nederland*, ECR 2001 p. I-3541, avsnitt 21, min kursiv

²⁸⁹ Se ovenfor kapittel 3

²⁹⁰ 143/83, *Kommisjonen mot Danmark*, Sml. 1985 side 427

²⁹¹ Direktiv 76/207/EØF

²⁹² Sml. 1985 side 427, avsnitt 11

²⁹³ Forente saker C-9/97, *Jokela og Pitkäranta*, ECR 1998 p. I-6267, avsnitt 48, min kursiv

Domstolen legger her vekt på hensynet bak diskresjonær kompetanse overhodet, nemlig fleksibilitet og mulighet til å løse saker slik de måtte stille seg i fremtiden. Domstolen fortsetter i samme avsnitt med at den uvissheten loven innebærer

is, [...], bound to be significantly reduced as soon as there is a body of precedents enabling the criteria used to be identified and systematically categorised and thus to be known in advance.

Det domstolen her omtaler som et "body of precedents" kan etter sin ordlyd omfatte både forvaltnings- og rettspraksis. Resultatet er altså tilsynelatende motsatt av det domstolen kom til i saken mot Nederland. Fenger legger vekt på nettopp *Jokela* når han konkluderer med at domstolen anlegger et strengere presisjonskrav i saker som gjelder fri bevegelse enn i andre relasjoner. Han konkluderer med at

fællesskabsrettens krav til national ret kan forekomme usammenhengende ud fra en nationalretlig synsvinkel, [...]²⁹⁴

Saksforholdet i *Jokela* skiller seg imidlertid på flere punkter fra saker om saken mot Nederland, og saker som gjelder restriksjoner på fri bevegelse. *Jokela* dreide seg om en rett til stønad, en stønad som i utgangspunktet var et unntak fra den felles landbrukspolitikk (CAP). I tillegg var det upresise vilkåret begrenset til et unntak fra et presist vilkår om boplikt, og boplikten forfulgte et sentralt formål med stønadsordningen, nemlig å opprettholde bosetning på landsbygda. Saken mot Nederland, på samme måte som saker om restriksjoner på fri bevegelse gjelder derimot rettigheter i medhold av fællesskapsretten. Forskjellen kan dermed la seg forklare i lys av de svært forskjellige rettslige rammene for presisjonskravet: I *Jokela* var det tale om regulering av et unntak fra fællesskapsretten; i saker om restriksjoner på fri bevegelse er det nettopp tale om uvisshet som gjør retten til fri bevegelse uviss.

I sin artikkel om domstolenes prøvingskompetanse, skiller Innjord mellom vilkår og retningslinjer for skjønn. Han definerer slike retningslinjer som

krav og begrensninger som forvaltningens skønnsutøvelse er underlagt, men som ikke i seg selv setter noen *absolutte grenser* for hva forvaltningen i den enkelte sak har kompetanse til å vedta.²⁹⁵

Problemstillingen er tatt opp innenfor rammen av hjemmelstolkning i nasjonal forvaltningsrett, slik at retningslinjer for skønnsutøvelse skulle falle utenfor domstolenes prøvingskompetanse.²⁹⁶ I et EØS-rettslig perspektiv må et slikt skille anses for irrelevant. Det er hvordan forutberegnelighet totalt sett er ivarettatt som er sentralt. Om man kaller

²⁹⁴ Fenger, side 451 – 452, se ovenfor avsnitt 3.6

²⁹⁵ Innjord, side 169

²⁹⁶ Denne problemstillingen behandles ikke her.

det retningslinjer eller vilkår, vil de uansett prøves etter de samme krav til presisjon og publisitet.

EF-domstolens samlede praksis må forstås slik at der *legal certainty* får anvendelse gjennom reglene om fri bevegelse, er det svært lite rom for presisering av lovstoff gjennom alternative rettskilder.

5 Avslutning

Koalisjonsregjeringen som ble dannet etter valget i 2005 har tatt til orde for en gjeninnføring av regler fra ervervsloven av 1994.²⁹⁷ Formelt innebar ikke loven en konsesjonsordning i tradisjonell forstand, men en meldeplikt med etterfølgende inngrepsadgang for myndighetene. Som fremstillingen har vist, står en slik etterfølgende inngrepsadgang i prinsippielt samme stilling som en konsesjonsordning, både når det gjelder restriksjonsforbudet og rettsvitshetsprinsippet.

En slik lov ville gi offentlige myndigheter vid adgang til å stifte nye plikter for private. Dersom loven utformes lik den gamle og med tilsvarende vide rammer for inngrepskompetansen, slik det er gitt signaler om, vil loven stå i et problematisk forhold til rettsvitshetsprinsippet.²⁹⁸ Lovens ordlyd var et godt eksempel på det Fenger omtaler som "tomme" hjemmelsbestemmelser.²⁹⁹ Rettsvitshetsprinsippet ville også måtte tillegges stor vekt i forhold til en i så stor grad diskresjonært angitt kompetanse til å stille tilhørende vilkår. Dette viser at spørsmålet om EØS-rettslige skranker for diskresjonær kompetanse når det gjelder restriksjoner på den frie bevegelse stadig er aktuelt.

På bakgrunn av EF-domstolens avgjørelser i den første rekken av golden share-saker uttaler Graver at disse vil

få vidtrekkende konsekvenser for det norske systemet med reguleringslovgivning som stiller krav om godkjenninger eller tillatelser og overlater til forvaltningens skjønn å vurdere den enkelte sak i hvert tilfelle.

[...] mange lover [vil] måtte gjennomgå en vesentlig presisering og klargjøring av kompetansen. Samtidig vil kravet til domstolsprøving innebære at norske domstoler vil måtte overprøve forvaltningens avgjørelser i slike saker mye mer intenst enn vi har vært vant til.³⁰⁰

Vi kjenner igjen de tre kravene som følger av rettsvitshetsprinsippet når det anvendes forhold til nasjonal rett gjennom reglene om fri bevegelse: Presisjonskravet, kravet til forutberegnelighet og endelig kravet om rettslig prøvingsadgang. Dette besvarer delvis spørsmålet jeg stilte i innledningen, om på hvilke vilkår diskresjonær kompetanse i nasjonale konsesjonsordninger er forenlige med EØS-retten.

²⁹⁷ Lov 23. desember 1994 nr. 79 om erverv av næringsvirksomhet, opphevet fra 1. juli 2002

²⁹⁸ Se f.eks. lovens § 17, første ledd: "Departementet kan ved godkjenning av ervervet sette de vilkår som er nødvendige av allmenne hensyn." [...]

²⁹⁹ Se ovenfor avsnitt 2.2

³⁰⁰ Graver, *Forvaltningsrett i markedsstaten*, side 86

Spørsmålet som gjenstår er imidlertid riktig hvor "vidtrekkende" disse konsekvensene er for nasjonale myndigheter. Med andre ord hvor strengt disse kravene til nasjonal rett må forstås.

Brorparten av sakene om nasjonale konsesjonsordninger er avgjort etter kapitalreglene. Det gjelder både konsesjonsordninger for investering i selskapsandeler og kjøp av fast eiendom. Kapitalreglene synes derfor å være gitt et stort anvendelsesområde i forhold til reglene om fri etableringsrett. Domstolens praksis viser at sontringen mellom *access restrictions* og *management restrictions* ikke har nevneverdig praktisk betydning innenfor disse regelsettene. Den umiddelbare følgen av et slikt vidtfavnende restriksjonsbegrep, er at de aller fleste nasjonale konsesjonsordninger vil måtte tilfredsstillе kravene til å forfølge et anerkjent formål, virke ikke-diskriminerende, være forholdsmessig og forenlig med rettsvitshetsprinsippet.

Rettsvitshetsprinsippet er blitt anvendt i et begrenset antall saker i forhold til nasjonale konsesjonsordninger. Årsaken til det er dels at kapitalreglene ikke har eksistert i sin nåværende form like lenge som de øvrige bestemmelsene om fri bevegelse. Dels er årsaken at nasjonale ordninger også har falt gjennom på andre punkter, og som oftest proporsjonalitetsvurderingen. Men selv på bakgrunn av denne begrensede rettspraksisen er det mulig å trekke visse slutninger om prinsippets rekkevidde i forhold til nasjonale konsesjonsordninger og reguleringslovgivning.

For det første gir avgjørelsene klare føringer i forhold til prinsippets anvendelsesområde. EF-domstolen har lagt for dagen en svært vid tolkning av både konsesjonsbegrepet og når nasjonal rett innebærer diskresjonær kompetanse. Tolkningene er først og fremst grunnet på et virkningsperspektiv, og den restriktive effekt nasjonal rett kan ha for private aktører og på samhandelen.³⁰¹ Dette innebærer en relevansnorm for rettsvitshetsprinsippet og prinsippet får anvendelse også utenfor både det som tradisjonelt er blitt ansett som konsesjonsordninger og diskresjonære hjemler i norsk rettslig litteratur og rettspraksis.

EF-domstolen har ikke skilt mellom konsesjonsvilkår og tilhørende vilkår. Dermed har den heller ikke sondret mellom tilhørende vilkår som direkte legger plikter på konsesjonshaveren, og vilkår som gir kompetanse til senere å endre eller fastsette nye plikter. Dette er en direkte konsekvens av det vide restriksjonsbegrepet, og får følger både når det gjelder rettsvitshetskravets relevans og dets vekt.

Det er mest nærliggende å anse slike tilhørende vilkår innenfor konsesjonsordninger som hjemmel for regulering av markedsatferd. Det kan argumenters for at en slik form for næringsregulering er i yttegrensen av restriksjonsbegrepet – og at dette også burde tolkes presiserende i forhold til slike *management restrictions*.

³⁰¹ Se ovenfor avsnitt 2.2

Paradoksalt nok er det flere grunner som taler for at diskresjonær kompetanse innenfor *management restrictions* kan være mer problematisk i forhold til rettsvisshetskravet enn innenfor *access restrictions*.³⁰²

Dette utslaget av rettsvisshetsprinsippet er desto mer paradoksalt når fellesskapsretten ellers ikke stiller opp noe klart forbud mot tilbakevirkning.³⁰³ Prinsippet innebærer derfor et langt sterkere vern mot at nye plikter pålegges gjennom konkret næringsregulering, som konsesjonsordninger og etterfølgende inngrepsadgang, enn det prinsippet gir mot nye plikter som følger av endringer i generell regulering.

For det andre gir EF-domstolens praksis på området grunnlag for å trekke slutninger om vektnormer som styrer anvendelsen av prinsippet. Ettersom rettsvisshetsprinsippet inneholder flere individuelle normer, kunne vektnormer gjøre seg gjeldende på to forskjellige nivåer. På den ene siden kunne de styre prinsippets vekt som helhet. På den andre siden kunne de styre hvilken vekt de forskjellige kravene som følger av prinsippet tillegges i forskjellige relasjoner.

For, når prinsippet som helhet stiller flere individuelle krav, kunne man spørre seg om en "overoppfyllelse" av noen krav ville kunne veie opp for manglende oppfyllelse av andre. Det er imidlertid ikke grunnlag i praksis til støtte for et slikt syn. De sentrale hensynene til grunn for prinsippet taler også mot at det kan gis en slik anvendelse.

Dersom lovstoff er upresist, vil ikke en vidtgående rettslig prøvingsadgang bidra direkte til større grad av forutberegnelighet. Forutberegnelighet er nettopp også formålet med presisjonskravet. Det motsatte tilfellet er også vanskelig å se for seg: Kravet om rettslig prøvingsadgang er lite fleksibelt. Kravet må også ses i lys av ekvivalens- og effektivitets-prinsippene, som presiserer kravene til hvordan fellesskapsretten håndheves av medlemsstatene.³⁰⁴ Presist lovstoff kan derfor ikke veie opp for en begrenset rettslig prøvingsadgang. Graver understreker også dette i forhold til norske domstolers tradisjonelt begrensede kompetanse ved prøving av gyldigheten av forvaltningsvedtak.

Rettsvisshetsprinsippet har derfor en "hard kjerne": Det stiller flere individuelle, men kumulative krav til utformingen nasjonale konsesjonsordninger.

Rettspraksis viser på den annen side at EF-domstolen i forskjellige tilfeller legger mer eller mindre vekt på rettsvisshetsprinsippet som helhet. Rettsvisshetsprinsippet gjelder til vern for private interesser. Og EF-domstolen har lagt særlig vekt på prinsippet i forhold til regler som pålegger private plikter. Ettersom restriksjoner på fri bevegelighet generelt, og konsesjonsordninger spesielt, etter sin art griper inn i private rettighetssfære etter fellesskapsretten, taler dette for en streng rettsvisshetsstandard i slike saker.

³⁰² Se ovenfor avsnitt 3.7.2.3

³⁰³ Se ovenfor avsnitt 3.6

³⁰⁴ Se ovenfor avsnitt 3.4

Vektspørsmålet har også sammenheng med forholdet mellom proporsjonalitetsvurderingen og rettsvitshetsprinsippet. Proporsjonalitetsvurderingen gjelder i utgangspunktet forholdet mellom et nasjonalt tiltaks restriktive effekt på samhandelen og det formål tiltaket søker å nå.

Fremstillingen har vist at det kan spørres om rettsvitshetsprinsippet til en viss grad er elastisk, om det anvendes mer eller mindre intensivt i visse tilfeller. Man kan tenke seg at dersom en hjemmel er "for presis", det vil si kategorisk utformet, så vil den lettere kunne være uforholdsmessig restriktiv på den frie bevegelse. Domstolens svar i *Ospelt* kan tas til inntekt for et slikt syn.³⁰⁵ Motsatt vil en for upresis hjemmel være i strid med kravene til presisjon og forutberegnelighet som følger av rettsvitshetsprinsippet.

I *Ospelt* ble den nasjonale konsesjonsordningen ansett for å være i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Dette illustrerer hvor snevert spillerom kombinasjonen av restriksjonsforbudet og rettsvitshetsprinsippet overlater nasjonale myndigheter.

Rettsvitshetsprinsippet gjør seg gjeldende med like stor tyngde når det gjelder alle sider av en konsesjonsordning. En konsekvens av dette er at alternative reguleringsmåter på samme måte må være forenlige med rettsvitshets- og proporsjonalitetsprinsippene, i den grad de har samme virkning som en konsesjonsordning på samhandelen, og innslag av diskresjonær kompetanse.

Avtaler mellom offentlige myndigheter og private er en form for næringsregulering som kan falle inn under det EF-rettslige konsesjonsbegrep. For eksempel gjennom statlig deltagelse og ved statseide særaksjer. I alle tilfeller vil de fordeler denne formen for næringsregulering byr på, være svakheter i forhold til rettsvitshetsprinsippet. Slike avtaler vil på grunn av det vide tiltaksbegrepet, når det gjelder forbud mot restriksjoner på den frie bevegelse, og det vide statsbegrepet, anses som myndighetsutøvelse. De fordelene slik regulering er ansett for å ha i nasjonal rett vil derfor ikke ha sitt motstykke i et EØS-rettslig perspektiv.

Domstolens praksis har vist at rettsvitshetsprinsippet gir lite rom for presisering av rettstilstanden gjennom andre rettskilder enn lovstoff. Sett i sammenheng med norsk lovgivningstradisjon hvor forarbeidene spiller en viktig rolle, innebærer EØS-avtalen derfor dyptgripende konsekvenser for norske myndigheter.

For det første retter kravene seg mot lovgiver og utforming av lovgivningen. Som Graver konkluderte, vil rettsvitshetsprinsippet stille krav til mer presis – og dermed mer omfattende – regulering gjennom lov og forskrift. Rettsvitshetsprinsippet vil da medføre en endring av norsk lovgivningstradisjon i den grad regler forsøkes begrunnet og presisert gjennom uttalelser i forarbeider.

³⁰⁵ C-452/01, *Margarethe Ospelt*, ECR 2003 p. I-9743

For det andre vil rettsvitshetsprinsippet få konsekvenser for norske domstoler, og rettskildebruken i saker som gjelder restriksjoner på den frie bevegclighet. I slike saker vil norske domstoler ikke kunne anvende tradisjonell norsk rettskildebruk, forsåvidt forarbeider anses som tungtveiende rettskilder i tolkningen av nasjonal rett.

Kommisjonen har tatt ut stevning mot henholdsvis Nederland og Tyskland i tre nye golden share-saker.³⁰⁶ Saken mot Tyskland gjelder bestemmelser i den tyske privatiseringsloven om Volkswagen.³⁰⁷ Mot Nederland er det anlagt to saker som gjelder særaksjer for staten i selskapene Koninklijke KPN NV (KPG) og TNT Postgroep NV (TPG). I stevningen av den nederlandske stat understreker Kommisjonen blant annet at

*As the special powers also make it possible for the Netherlands State to exercise control over the conduct of the firm and the general course of its business, they also influence direct investment and for that reason they may also constitute a restriction of the freedom of establishment [...].*³⁰⁸

De to trekkene ved den nasjonale ordningen Kommisjonen angriper kan begge plasseres under kategorien tilhørende vilkår. Vi ser likevel at Kommisjonen har funnet grunn til å skille mellom vilkår som direkte legger vilkår på konsesjonshaver, og vilkår som gir kompetanse til å fastsette nye plikter.

Særrettighetene i forhold til driften av selskapet angripes også som en restriksjon på etableringsfriheten. Forholdet til rettsvitshetsprinsippet ser ikke ut til å ville komme på spissen. Likevel vil sakene kunne gi anvisning på grensen mellom anvendelsesområdet for henholdsvis etableringsretten og reglene om fri bevegclighet for kapital, og dermed indirekte om anvendelsesområdet for rettsvitshetsprinsippet etter de to regelsettene.

³⁰⁶ Pressemelding fra Kommisjonen, IP/04/1209 av 13. oktober 2004; mot Nederland henholdsvis C-282/04 og C-283/04

³⁰⁷ Har ennå ikke fått saksnummer for domstolen

³⁰⁸ OJ C 217 28.08.2004 p. 16, min kursiv

Kildeliste

- Andenæs Johs., Statsforfatningen i Norge, 9. udgave, Universitetsforlaget, 2004
- Arnesen Finn og Graver Hans Petter, Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler, Rapportserien / Makt- og demokratiutredningen 1998-2003 ; nr 19, oktober 2000
- Arnesen Finn, Statlig styring og EØS-rettslige skranker, Universitetsforlaget, 1996
- Baudenbacher Carl, The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue, Fordham International Law Journal, volume 28, January 2005, number 2, page 353
- Bjørgan Per Andreas, Dyrberg Peter, Fenger Niels, EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2002, Lov og Rett nr. 6 2003, ss. 307 – 340.
- Bjørgan Per Andreas, Dyrberg Peter, Fenger Niels, EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2000 og 2001, Lov og Rett nr. 9/10 2002, ss. 531 – 563
- Boulouis Jean, Quelques observations à propos de la sécurité juridique, i Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987
- Bull Henrik, Det indre marked for tjenester og kapital. Import av finansielle tjenester, Universitetsforlaget, 2001.
- Craig Paul, de Búrca Gráinne (eds.), The Evolution of EU law, Oxford University Press, 1999
- Craig Paul, de Búrca Gráinne, EU law text, cases and materials, second edition, Oxford University Press, 1998
- Due Ole: Hvad mener de dog? Om læsning af EF-domstolens afgørelser, Festskrift til Ole Lando, CadJura, København 1997
- Eckhoff Torstein (Jan E. Helgesen), Rettskildelære, 4. udgave, Tano Aschehoug, 1997
- Eckhoff Torstein, Smith Eivind, Forvaltningsrett, 7. udgave, Universitetsforlaget, 2003
- Eckhoff Torstein, Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål, Tanum-Norli, 1983
- Fenger Niels, Forvaltning og fællesskab, om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens, Jurist- og Økonomforbundets forlag, Århus, 1. udgave, 2004

- Graver Hans Petter, Allminnelig forvaltningsrett, Universitetsforlaget, 2002
- Graver Hans Petter, EF-rettens føringer på forvaltningsskjønnet i medlemsstatene, avsnitt 5, ss. 288 flg, Fredrik Sejersted (red.), Nordisk forvaltningsrett i møte med EF-retten, IUSEF nr. 21, Universitetsforlaget 1996
- Graver Hans Petter, Forvaltningsrett i markedsstaten – Studier i europeisering av forvaltningsretten, Fagbokforlaget 2002
- Graver Hans Petter, Internasjonale konvensjoner som rettskilde, Lov og Rett 2003 s. 468
- Graver Hans Petter, Why are there differences between Community and EEA law, ARENA Annual Conference (1999). Nordic contrasts, ARENA report 1/2000, side 41-48
- Kaasen Knut, Statsdeltagelsesavtalen i norsk petroleumsvirksomhet: Kontraktsrettslig form, konsesjonsrettslig innhold – eller omvendt?, TfR 1984 side 372 – 411
- Luby Monique, Journal de droit international, Jurisprudence, nr. 2, 2000 ss. 496 – 497, nr. 2, 2004 ss. 602 - 604
- Mestad Ola, Bruk og endring av konsesjonsvilkår, Marius nr. 121, august 1986
- Mestad Ola, Statoil og statleg styring og kontroll, Marius nr. 105, september 1985
- NOU 2002:3, Eierbegrensning og eierkontroll i finansinstitusjoner, Finansdepartementet
- Pollaude-Dulian Frédéric, A propos de la sécurité juridique, Revue trimestrielle de droit civil, nummer 3 2001, juli-september
- Puissochet Jean-Pierre, Legal Hubert, Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Cahiers du Conseil Constitutionnel, nummer 11, 2003
- Raitio Juha, The principle of legal certainty in EC law, Law and philosophy library, vol. 64, Kluwer Academic, 2003
- Rognstad Ole-Andreas, EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkingen av EØS-avtalen, Tidsskrift for rettsvitenskap, årg. 114, h. 3 (2001), side 435 – 463
- Schiemann Konrad, Vom Richter des Common Law zum Richter des europäischen Rechts, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, nr. 145
- Schwarze Jürgen, European administrative law, Office for official publications of the European Communities, Sweet and Maxwell, 1992
- Sejersted Fredrik, Arnesen Finn, Rognstad Ole-Andreas, Foyn Sten, Kolstad Olav, EØS-rett, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2003

Smith Eivind, Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter, TfR 1978 ss. 655 – 691

Soulas de Russel Dominique J.M. og Rimbault Philippe, Nature et racines du principe de sécurité juridique: Une mise au point, Revue internationale de droit comparé, nr. 1, 2003, s. 85 – 103

Termes juridiques, 10. utgave, Dalloz, 1995

Toth, A.G., The Oxford encyclopaedia of european community law, volume II – the law of the internal market, Oxford university press, 2005